

JEAN-JACQUES DE PURY

Licencié en Droit, Avocat

DE LA
PUBLICATION
DES LOIS

THÈSE

pour l'obtention du grade de
Docteur en Droit

IMPRIMERIE DELACHAUX & NIESTLÉ S.A., NEUCHÂTEL

1945



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA PUBLICATION DES LOIS

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT

JEAN-JACQUES DE PURY

Licencié en Droit, Avocat

DE LA PUBLICATION DES LOIS

THÈSE

pour l'obtention du grade de

Docteur en Droit

IMPRIMERIE DELACHAUX & NIESTLÉ S.A., NEUCHÂTEL

1945



UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur Tell Perrin, autorise la publication de la présente thèse de M. JEAN-JACQUES DE PURY, ayant pour titre : *De la publication des lois*.

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel (Suisse), le 9 mars 1945.

Le Doyen de la Faculté de Droit,

CHARLES KNAPP

BIBLIOGRAPHIE

Les ouvrages qui ne sont pas mentionnés dans la liste ci-après, sont indiqués en note ou dans le texte de notre étude.

1. AFFOLTER, Dr A. *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Berne 1923.
2. ANSCHUTZ, GERHARD et THOMA, RICHARD. *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tubingue 1930.
3. ARNDT, Dr ADOLPHE. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlin 1901.
4. BARTHÉLEMY, JOSEPH. *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1933.
5. BINDING, Dr KARL. *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig 1919.
6. BLUMER, Dr J. J. et MOREL, Dr J. *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts*, Bâle 1887.
7. BURCKHARDT, WALTHER. *Verfassungs- und Gesetzesrecht*, dans le « Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft », Berne 1910.
8. BURCKHARDT, WALTHER. *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 1914.
9. BURCKHARDT, WALTHER. *Le droit fédéral suisse*, Neuchâtel 1931.
10. BURCKHARDT, Dr WALTHER. *Methode und System des Rechtes*, Zurich 1936.
11. BURCKHARDT, Dr WALTHER. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Zurich 1939.
12. CAHEN, GEORGES. *La loi et le règlement*, Paris 1903.
13. CARRÉ DE MALBERG, R. *La loi expression de la volonté générale*, Paris 1931.

14. DUGUIT, LÉON. *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1924.
15. DUPASQUIER, CLAUDE. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel et Paris 1937.
16. ESCHER, D^r CONRAD. *Ueber das Verordnungsrecht im Bund und Kantonen*, dans le « Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung », 6^e année 1905-06.
17. ESMEIN, A. *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris 1899.
18. FAVRE, JOHN. *Le droit de nécessité de l'Etat*, Neuchâtel 1937.
19. FLEINER, D^r FRITZ. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tubingue 1923.
20. FÜRER, D^r JACOB. *Willkür, ein Verstoss gegen die Rechtsgleichheit als Grund für den staatlichen Rekurs an das Bundesgericht*, thèse de droit de l'Université de Fribourg, 1916.
21. GIACOMETTI, ZACCARIA. *Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate*, dans la « Festgabe für Fritz Fleiner », Tubingue 1927.
22. GIACOMETTI, ZACCARIA. *Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates*, dans la « Revue suisse de jurisprudence », année 1935 (tome 31), (1934-35).
23. GIACOMETTI, ZACCARIA. *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft*, dans la « Festgabe für Fritz Fleiner », Zurich 1937.
24. GIACOMETTI, ZACCARIA. *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zurich 1941.
25. GUHL, D^r THEO. *Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht*, Bâle 1908.
26. HAFTER, D^r ERNST. *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Berlin 1926.
27. HAFTER, D^r ERNST. *Strafrecht und Schuld*, discours tenu à l'occasion du 90^e anniversaire de la fondation de l'Université de Zurich le 28 avril 1923.
28. HATSHECK, D^r JULIUS. *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Berlin 1923.
29. HELIE, FAUSTIN-ADOLPHE. *Les constitutions de la France*, Paris 1880.

30. HUBER, D^r HANS. *Schwierigkeiten der Notrechtsgesetzgebung*, dans « Die Schweiz - ein nationales Jahrbuch », 13^e année, Aarau 1942.
31. JELLINEK, D^r GEORG. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1914.
32. JELLINEK, WALTHER. *Verwaltungsrecht*, Berlin 1928.
33. JÈZE, GASTON. *Une loi inexistante*, dans la « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 22^e année, Paris 1915.
34. JÈZE, GASTON. *L'exécutif en temps de guerre*, Paris 1917.
35. JÈZE, GASTON. *La promulgation des lois*, dans la « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 25^e année, Paris 1918.
36. JÈZE, GASTON. *Les principes généraux du droit administratif*, Paris 1925.
37. KIRCHHOFFER, D^r EMIL. *Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht*, Bâle 1930.
38. LACHENAL, PAUL. *La séparation des pouvoirs dans la Confédération suisse spécialement au point de vue de la délégation du droit de légiférer*, Bâle 1943.
39. LABAND, D^r PAUL. *Die Verkündigung von Rechtsverordnungen des Bundesrates*, dans l'« Archiv für öffentliches Recht », tome 18, Tubingue et Leipzig 1903.
40. LABAND, D^r PAUL. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, tome 2, Tubingue 1911.
41. LAMPERT, D^r U. *Das schweizerische Bundesstaatsrecht*, Zurich 1918.
42. LAUTNER, D^r JULIUS G. *System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts*, tomes 1 et 2, Zurich 1942.
43. LIEBENOW, WILHELM. *Die Promulgation*, thèse de droit de l'Université royale de Greifswald, Berlin 1901.
44. LOGOZ, PAUL. *Commentaire du Code pénal suisse*, partie générale, Genève 1941.
45. LÖNING, D^r EDGAR. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1884.
46. LUKAS, D^r JOSEF. *Ueber die Gesetzes-Publikation in Oesterreich und dem Deutschen Reiche*, Graz 1903.
47. MASNATA, SILVIO. *La délégation de la compétence législative en droit suisse et comparé*, thèse de droit de l'Université de Lausanne, Bellinzone 1942.
48. MEISSNER, D^r OTTO et KAISENBERG, D^r GEORG. *Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich*, Berlin 1935.

49. MEYER, GEORG. *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1905, II. Teil.
50. MEYER, GEROLD. *Die Rechtsetzung nach zugerischem Recht*, thèse de droit de l'Université de Zurich. Zoug 1938.
51. OSWALD, D^r WILHELM. *Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht*, Bâle 1943.
52. REICHLIN, D^r PAUL. *Verfassung, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz*, dans le « Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung », 34^e année, Zurich 1943.
53. RENNEFAHRT, Prof. H. *Die neue bernische Gesetzsammlung*, dans la « Revue des juristes bernois », tome 78 (1942).
54. ROUX, J.-A. *Cours de droit criminel français*, tome I, Paris 1927.
55. RUCK, D^r ERWIN. *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, tome 2, Zurich 1938.
56. RYFFEL, D^r HEINRICH. *Die schweizerischen Landsgemeinden*, Zurich 1903.
57. SALIS, L. R. VON. *Schweizerisches Bundesrecht*, tome 2, Berne 1903.
58. SCHILLER, FRIEDRICH. *Verkündung und Inkrafttreten der Rechtsverordnungen des Reichs*, dans l'« Archiv des öffentlichen Rechts », nouvelle série, tome 8, Tubingue 1925.
59. SCHOLLENBERGER, D^r J. *Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone*, tome I, Zurich 1900.
60. SCHOLLENBERGER, D^r J. *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Berlin 1920.
61. SEEGER, D^r H. *Zur Lehre vom formellen und materiellen Gesetz im schweizerischen Bundesstaatsrecht*, dans la « Zeitschrift für schweizerisches Recht », nouvelle série, tome 45 (1926).
62. STIER-SOMLO, D^r FRITZ. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Bonn 1919.
63. SULZER, WALTHER. *Der allgemein verbindliche Bundesbeschluss nach Artikel 89 der schweizerischen Bundesverfassung*, thèse de droit de l'Université de Zurich, Zurich 1932.

64. THORMANN, D^r Ph. und OVERBECK, D^r A. von. *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, tome 1^{er}, Zurich 1940.
65. TRIEPEL, HEINRICH. *Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung*, dans l'« Archiv des öffentlichen Rechts », tome 39, Tubingue 1920.
66. WALDKIRCH, EDUARD OTTO VON. *Die Notverordnungen im schweizerischen Bundesstaatsrecht*, thèse de droit de l'Université de Berne, Berne 1915.
67. WALDKIRCH, D^r E. *Die Mitwirkung des Volkes bei der Rechtsetzung nach dem Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft und ihrer Kantone*, Berne 1918.
68. ZOLLER, LILLI. *Die Notverordnung und ihre Grundlagen im schweizerischen Staatsrecht insbesondere*, thèse de droit de l'Université de Zurich. Affoltern 1928.
69. ZUMBACH, D^r E. *Die Veröffentlichung der Gesetze*, dans le « Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung », 37^e année, Zurich 1936.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A.S.	<i>Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse</i> (en langue allemande : Amtliche Sammlung).
A.T.F.	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.</i>
B.	Cette indication qui suit toujours un nom d'auteur renvoie le lecteur à la bibliographie qui figure au début de cet ouvrage. Exemple : BURCKHARDT B. 11, signifie : ouvrage de Burckhardt classé sous le N° 11 de la bibliographie.
C.C.S.	<i>Code civil suisse.</i>
C.F.	Conseil fédéral.
C.O.	<i>Code fédéral des obligations.</i>
C.P.S.	<i>Code pénal suisse.</i>
F.F.	<i>Feuille fédérale.</i>
F.O.	<i>Feuille officielle</i> (cantonale).
Loi de 1874.	Loi fédérale du 17 juin 1874 concernant les votations populaires sur les lois et arrêtés fédéraux.
Loi de 1902.	Loi fédérale du 9 octobre 1902 sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés.
L.P.P.	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, avec les modifications apportées jusqu'au 1 ^{er} janvier 1945.
O.J.F.	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943.
R.d.L.	<i>Recueil des lois</i> (cantonal).
R.O.	<i>Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse</i> (en langue française).
T.F.	Tribunal fédéral.

INTRODUCTION

La législation issue de l'arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité soulève une question qui paraissait depuis longtemps résolue. Pourquoi les lois sont-elles publiées ? On a toujours admis en Suisse, du moins jusqu'à ces dernières années, que pour être obligatoire, si ce n'est valable (en général on ne distinguait même pas ces deux notions), un acte législatif devait paraître au *Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération*. C'était là un dogme intangible, et la plupart des juristes évitaient d'en parler. Ceux qui se risquaient à l'aborder s'inclinaient respectueusement. A notre connaissance, une seule étude a paru en Suisse sur la publication. C'est l'article de ZUMBACH (« Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung » 1936, p. 473 et s.). Tous les autres auteurs effleurent le sujet en quelques lignes. Personne n'ose le discuter.

Et voilà que les autorités ont le front, depuis 1939, de mettre des prescriptions en vigueur avant de les publier au R.O., voire, ce qui est plus grave, sans les y publier du tout. La radio diffuse des interdictions qui entrent en vigueur d'une heure à l'autre. Les journaux annoncent des restrictions, la « Feuille officielle suisse du commerce » et la presse professionnelle reproduisent des ordonnances dont est sevré le R.O. Les citoyens (commerçants et indus-

triels) reçoivent des instructions sous pli recommandé; leur association en transmet d'autres. Et les commissions pénales de l'économie de guerre condamnent sévèrement ceux qui n'ont pas obtempéré aux ordres ainsi donnés.

Cette pratique a suscité des protestations, dont certaines trouvèrent un écho dans la presse (« Neue Zürcher Zeitung » 31 juillet 1941; « National-Zeitung », Bâle, N° 445, du 25/26 septembre 1943). La principale émane de l'Union suisse du commerce et de l'industrie. Dans un mémoire du 20 mai 1943, consacré à la procédure pénale en matière d'économie de guerre, cet organisme soutient que les lois et règlements d'une importance générale doivent être publiés au R. O. en vertu de l'art. 33 de la loi de 1902. Seraient d'importance générale les actes législatifs qui subjectivement impliquent des obligations de droit public, dont l'inobservation est passible de sanctions pénales.

Ce n'est pas l'avis des autorités fédérales.

Trois conceptions s'affrontent : la première, celle de Zumbach, fait de la publication au R.O. un élément de perfection de la loi; donc, pas de loi sans publication. Selon la deuxième, une loi non publiée au R.O. n'est pas obligatoire; chacun peut l'ignorer sans s'exposer à des sanctions. Enfin d'après la troisième, ni la validité, ni la force obligatoire d'une loi ne dépendent de son insertion au R.O.

Qui a raison ? Il importe de le savoir. Si la publication au R.O. est indispensable, une bonne partie des prescriptions de l'économie de guerre ou bien sont juridiquement inexistantes, ou bien n'ont pas force de loi. Dans les deux cas, de nombreuses condamnations prononcées par les commissions pénales constituent des dénis de justice. Ces citoyens sont frustrés des garanties essentielles qui caractérisent l'Etat de droit. Une réaction s'impose.

Si, au contraire, les libertés prises par l'administration fédérale quant au mode de publication de ses décrets sont légales, la solidité de la législation édifiée sur la base des pouvoirs extraordinaires du C.F. n'est pas menacée. En revanche, on peut se demander s'il ne conviendrait pas de mettre fin à l'incertitude que cette pratique a provoquée et de chercher à y remédier.

Mais le droit fédéral n'est pas la seule source du droit suisse. Les cantons sont souverains dans ce domaine. Comment ont-ils réglé l'élaboration des lois et les conditions de leur caractère obligatoire ? Nous croyons utile de le rechercher.

Le droit français et le droit allemand ont exercé trop d'influence en Suisse pour qu'il soit permis d'ignorer leur solution. Nous les esquisserons brièvement.

L'objet de la présente étude peut être formulé ainsi : *La publication des actes législatifs dans un organe officiel est-elle en droit fédéral et cantonal une condition de leur validité ou de leur caractère obligatoire ? Si ce n'était pas le cas, les lois et règlements devraient-ils être publiés d'une autre manière, pour être valables et obligatoires, et si oui, comment ?*

Selon le résultat de nos recherches, nous tenterons de dégager quelques principes d'ordre général applicables à la publication des lois à tout Etat de droit. En outre, nous énoncerons des propositions concrètes pour une meilleure réglementation tant en droit fédéral qu'en droit cantonal.

Voici notre plan : Nous commencerons par définir la loi, la publication, la validité et le caractère obligatoire (Titre I). Nous aborderons ensuite la première question : la publication est-elle une condition de validité des lois (Titre II) ? La deuxième question : la publication est-elle une condition du caractère obligatoire des actes législatifs ? fera l'objet du titre III. Le dernier titre sera consacré à la publication des lois de « lege ferenda ».

TITRE I^{er}

Notions et généralités

CHAPITRE I^{er}

LA LOI

Section I^{re}. DÉFINITION

I. DÉFINITION DE LA LOI

Dans la terminologie juridique, le mot loi n'a pas une seule et même signification. Il en a deux, selon qu'on le définit par le contenu ou par la forme. Précisons cette distinction :

A. Loi matérielle.

Définie par son contenu, son objet, la loi est l'« *acte de l'Etat qui formule une règle de droit objectif* »¹. On pourrait même aller plus loin et l'assimiler à la règle de droit. Cette définition comprendrait alors aussi le droit coutumier; mais à l'instar d'une partie de la doctrine, nous ne concevons la loi que comme une norme du « *jus scriptum* », et préférons dès lors ne pas appeler loi une règle coutumière même solidement établie. La loi ainsi définie, baptisée par la doctrine « *loi matérielle* » ou « *loi au sens large* »², est indépendante de l'autorité qui l'édicte. Elle

¹ Voir DUGUIT B. 14 p. 144 et 145. — LABAND B. 40 p. 2 donne la définition suivante de la loi : « *die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes* ».

² CAHEN B. 12 p. 48, LABAND B. 40 p. 63, BARTHÉLEMY B. 4 p. 725.

peut être l'œuvre d'un parlement, du pouvoir exécutif ou encore, comme en Suisse, le fait des Chambres et du peuple.

Voici ses éléments essentiels :

1. *La règle de droit*, le « *Rechtssatz* » de la terminologie allemande, c'est-à-dire *tout précepte de conduite extérieure et en outre toute règle créant et organisant les institutions destinées à assurer et organiser le fonctionnement des pouvoirs publics*¹. Cette définition est plus large que celle de la doctrine allemande, qui ne voit dans la règle de droit qu'un principe juridique abstrait, qui créerait, étendrait ou réduirait des droits ou obligations réciproques des individus et de l'Etat². Il paraît évident que les règles organiques d'un Etat sont aussi des règles de droit.

2. *Le caractère impératif*. La loi ne fait pas œuvre théorique; elle entend trouver une application dans toutes les situations régies par ses dispositions. Par essence elle est impérative et c'est ce qui la distingue des règles de morale. Ce caractère lui est assuré généralement par une sanction pénale ou administrative, en droit privé par la possibilité de faire exécuter les jugements. Une sanction n'est pas toujours prévue; à son défaut la loi n'en demeure pas moins impérative³. La loi ne tire pas nécessairement

¹ MASNATA B. 47 p. 47 et 48 conçoit la loi au sens large : « La loi au sens large est une règle de droit (ou un ensemble de règles de droit), c'est-à-dire un précepte de conduite extérieure ou une disposition créant et organisant les autorités chargées d'assurer le respect de l'ordre juridique; c'est une règle générale (abstraite et impersonnelle), durable, écrite pour l'avenir, impérative, susceptible d'être imposée à l'homme sous la pression d'une contrainte extérieure et édictée dans l'intérêt public. »

² CAHEN B. 12 p. 98 et 99 retrace l'opinion de la doctrine allemande à ce sujet. Dans le même sens HATSCHECK B. 28 p. 5 : « *Rechtssatz* ist jede staatliche Willensäußerung, welche die Willensabgrenzung zwischen den im Staate vorhandenen Individuen untereinander oder zwischen diesen und dem Staate vornimmt. » Cette conception arriverait à dénier aux règles constitutionnelles et organiques d'un Etat le caractère de règle de droit, ce que nous ne pouvons admettre. Dans le même sens que le précédent auteur : GIACOMETTI B. 22 p. 360.

³ Voir à ce sujet : DUPASQUIER B. 15 p. 261; en sens contraire BURCKHARDT (Commentaire 3^e édition, p. 320 et 593).

son caractère impératif d'un acte particulier postérieur à son adoption, ainsi que l'enseignait la théorie monarchique en déclarant que les parlements n'étaient autorisés qu'à fixer le contenu des lois, alors que l'« ordre » ne pouvait leur être conféré que par le souverain qui sanctionnait l'œuvre du parlement. Cette sanction trouvait son expression dans l'intitulé de la loi : « Nous Louis, Roi de France et de Navarre, mandons et ordonnons... »¹ ou « Wir... verordnen im Namen des Deutschen Reiches... »². Nous verrons que, dans les pays républicains, la loi acquiert son impératif indépendamment de tout acte de sanction. Cette question a son importance, car comme nous le démontrerons au titre II, la doctrine suisse a très fortement subi l'influence de la théorie monarchique, exposée avec une clarté particulière par Laband³.

3. *La généralité.* La loi n'est pas destinée à régir un cas particulier; elle s'applique à tous les cas de même nature quel que soit leur nombre⁴. Ce caractère, de même que le précédent, est propre à la règle de droit qui est un précepte de conduite extérieure et qui entend l'être d'une manière générale. La doctrine est cependant divisée sur ce point et plusieurs auteurs allemands refusent d'admettre que la généralité soit un élément essentiel de la loi⁵.

B. *Loi formelle.*

Définie par la forme, la loi est *tout acte accompli par le pouvoir législatif*. Cette conception purement formelle — parce qu'elle ne tient pas compte du contenu du décret —

¹ LIEBENOW B. 43 p. 91.

² LABAND B. 40 p. 42.

³ Dans son ouvrage B. 39.

⁴ BARTHÉLEMY B. 4 p. 725; DUGUIT B. 14 p. 150; MASNATA B. 47 p. 53.

⁵ LABAND B. 40 p. 2 est d'un avis contraire; il en est de même de HATSCHECK B. 28 p. 6 et CAHEN B. 12 p. 122, 123.

dérive en ligne droite de la théorie de la séparation des pouvoirs, que Montesquieu a proclamée au XVIII^e siècle et qui, récemment encore, était une des pierres angulaires du droit constitutionnel des Etats modernes. Les critères formel et matériel conduiraient à un résultat identique, si le législateur établissait toutes les règles de droit et ne faisait pas autre chose. En fait, les parlements se voient confier de nombreuses besognes administratives. En outre, et sous peine de siéger en permanence, ils ne peuvent songer à tout réglementer par le menu. Ils se bornent à fixer le cadre, à émettre les principes généraux et laissent au gouvernement le soin de régler les détails. Cette autorité y est aussi plus apte qu'un parlement nombreux. La loi au sens formel, ou l'acte législatif élaboré par le parlement, comprend donc non seulement la règle de droit mais aussi des actes administratifs.

Pour désigner l'acte du parlement, ou du parlement et du peuple (loi formelle), qui a la règle de droit pour objet (loi matérielle), la doctrine parle de loi « *sensu stricto* ».

II. DÉFINITION DU RÈGLEMENT

Le terme de « règlement » lui aussi a besoin d'être précisé, car son sens varie selon que le contenu ou la forme servent à le définir. Par opposition à la loi, le règlement n'a pas la règle de droit pour objet; c'est *toute décision d'ordre administratif*, indépendamment de l'autorité qui l'a rendue. Le règlement peut être donc l'œuvre du parlement ou du gouvernement ou encore celle du pouvoir judiciaire statuant en matière administrative. Par exemple : la nomination d'un fonctionnaire, l'octroi d'une subvention, l'achat d'un nouvel armement pour l'armée, etc.

On peut aussi définir le règlement en prenant comme critère l'autorité appelée à l'établir. C'est alors : *tout acte émanant du pouvoir réglementaire*, sans égard à son contenu.

En règle générale, le pouvoir réglementaire se confond avec l'exécutif. Or, comme on vient de le voir, le gouvernement élabore nombre de règles de droit. En son sens formel le règlement comprend donc non seulement l'acte administratif, mais aussi la règle de droit édictée par le gouvernement. Selon le contenu du règlement, la doctrine distingue entre le règlement de droit (*Rechtsverordnung*) et le règlement administratif (*Verwaltungsverordnung*)¹.

Section II. LA LOI EN DROIT SUISSE

Comment le droit positif suisse conçoit-il la loi ? Le droit suisse ne possédant pas moins de vingt-six constitutions différentes, une réponse uniforme n'est pas possible. Il est vrai que seule la Constitution fédérale est la norme des normes, ou la norme originaire qui ne prend sa source dans aucune règle d'une essence supérieure². On ne peut en dire autant des constitutions cantonales, qui doivent être approuvées par l'autorité fédérale, et cette approbation n'est donnée que si elles ne sont pas contraires au droit fédéral (Constitution fédérale art. 6). Ce qui n'empêcherait du reste pas le droit fédéral et les droits cantonaux de diverger sur la notion de la loi. Il faut donc les examiner séparément.

I. LA LOI EN DROIT FÉDÉRAL

La Constitution ne définit pas la loi. L'art. 89 al. 1^{er} se borne à dire qu'elle doit être rendue avec l'accord des deux Conseils et après adoption du peuple, si 50.000 citoyens actifs ou huit cantons le demandent. Cela ne renseigne pas encore sur sa nature.

¹ RUCK B. 55 p. 62 et 63.

² GIACOMETTI B. 24 p. 24.

Il paraît bien résulter de l'historique du dit art. 89 al. 2 que le constituant fédéral entendait soumettre au peuple toutes les règles de droit élaborées par l'Assemblée fédérale ¹. En outre, les articles constitutionnels qui chargent la Confédération de légiférer sur tel ou tel point ont toujours la règle de droit pour objet. C'est le cas notamment de l'art. 64, qui attribue à l'Etat fédéral la compétence de légiférer en matière de droit civil, de droit pénal, de poursuite pour dette et faillite, etc., toutes matières qui ne peuvent donner naissance qu'à des lois « *sensu stricto* ». Il en est de même de la législation prévue aux articles 33 al. 2, 34 bis, 47, 48, 53 et 85 ch. 1. En revanche, on ne trouve pas de dispositions constitutionnelles qui qualifieraient de loi la règle de droit élaborée par l'exécutif. Ceci nous amène à dire que *par loi, le constituant fédéral entend la loi « sensu stricto », c'est-à-dire toute règle de droit élaborée par le législateur* ². Ceci n'a cependant pas empêché ce dernier de prendre sous forme de loi des mesures administratives, comme la loi du 15 octobre 1897 sur le rachat et l'exploitation des chemins de fer de la Confédération ³. L'arrêté fédéral de portée générale non urgent est également compris dans la définition de la loi telle qu'elle vient d'être donnée ci-dessus. Cet acte est l'œuvre du législateur, c'est-à-dire des Chambres et du peuple. Peut-il contenir des règles de droit ? La question est controversée et la doctrine cherche encore à caractériser cette catégorie d'arrêté fédéral. On peut soutenir que si le constituant avait voulu assimiler l'arrêté fédéral de portée générale non urgent à la loi, il ne l'aurait pas créé, car à quoi bon établir deux termes pour dire la même chose ? Certains auteurs ⁴ en ont déduit que le dit arrêté était uniquement destiné à

¹ V. WALDKIRCH B. 66 p. 49.

² Voir notamment GIACOMETTI B. 21 p. 361; FLEINER B. 19 p. 400.

³ R.O. 16 p. 529.

⁴ FLEINER B. 19 p. 404; SULZER B. 63 p. 43 et suiv.

régler les questions administratives d'une certaine importance. D'autres ¹ au contraire interprètent le silence du constituant comme la preuve que cet arrêté peut aussi servir à l'établissement de règles de droit.

La discussion nous paraît stérile, puisque le constituant a volontairement négligé de distinguer la loi de l'arrêté de portée générale non urgent. Ces deux formes d'actes législatifs sont de même essence et ont ainsi la même valeur. Les pouvoirs publics de la Confédération se sont d'ailleurs fréquemment servis de l'arrêté de portée générale pour établir des règles de droit; les nombreux exemples cités par SULZER ² en sont la preuve.

Mais en droit fédéral, la règle de droit n'est pas formulée par le législateur (parlement + peuple) uniquement; elle peut aussi, sous certaines conditions, émaner de l'Assemblée fédérale seule, ou du C.F. Le premier cas est celui de l'arrêté fédéral de portée générale urgent, prévu à l'art. 89 al. 3 Constitution fédérale. A l'égal de l'arrêté fédéral de portée générale non urgent, l'arrêté urgent peut aussi contenir des règles de droit, mais à la condition qu'il y ait péril en la demeure, c'est-à-dire que l'entrée en vigueur « ne souffre aucun délai ». Ce moyen ne doit sous aucun prétexte servir à priver le peuple de son droit d'adoption ou de rejet des règles de droit. Avant 1939, pendant la crise économique, les Chambres ont usé maintes fois de la clause d'urgence à seule fin d'éviter le vote populaire. Une saine réaction contre cet abus a conduit à la modification de l'art. 89 al. 3 de la Constitution le 22 janvier 1939, dans le sens d'une restriction de l'emploi de la clause d'urgence.

A titre exceptionnel, des lois (matérielles) ont été rendues sous forme d'arrêtés fédéraux simples. Il en fut ainsi

¹ GUHL B. 25 p. 43; AFFOLTER B. 1 p. 117, cet auteur cite en faveur de cette opinion: SCHOLLENBERGER, BURCKHARDT et LAMPERT. Voir aussi GIACOMETTI B. 21 p. 365.

² SULZER B. 63 p. 56.

des arrêtés relatifs au premier et second impôt fédéral de guerre, édictés en application des dispositions constitutionnelles transitoires de 1915 et 1919 ¹. Ces cas sont fort rares, l'arrêté fédéral simple étant destiné aux affaires administratives.

Le C.F. est de loin l'autorité qui édicte le plus de lois (matérielles) en vertu soit d'un pouvoir réglementaire qu'il s'arroge, soit d'une délégation de compétence. On peut déduire un pouvoir réglementaire du gouvernement des art. 102 ch. 5, 8, 9 et 10 de la Constitution fédérale. La pratique du C.F. d'établir des règlements d'une manière autonome ² est combattue par la majorité de la doctrine ³. Le gouvernement doit en effet s'imposer une grande réserve, s'il ne veut pas ouvrir la porte à une législation établie sans le concours du législateur. Un cas plus fréquent en revanche est celui où le C.F. se fonde sur une délégation de compétence expresse ou tacite. La complexité de la législation et son extension à de nouveaux domaines ont multiplié les délégations, à tel point que dans une étude très remarquée, intitulée « Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft » (« Das autoritäre Bundesstaatsrecht »), GIACOMETTI dénonçait ce glissement de compétence du législateur au parlement et du parlement au gouvernement. Enfin, la guerre mondiale de 1939 devait, comme celle de 1914 à 1918, mettre l'activité du législateur en veilleuse et donner au gouvernement le pouvoir d'édicter tous les règlements de droit imposés par l'état de nécessité. L'arrêté fédéral dit des « pleins

¹ R.O. 31 p. 445 et 36 p. 667; voir en outre GIACOMETTI B. 21 p. 379 et 380.

² Notamment : Règlement du C.F. prescrivant l'organisation d'un recensement général des entreprises industrielles, agricoles et commerciales, R.O. 21 p. 287. — Règlement consulaire du C.F. du 26 octobre 1923 R.O. 39 p. 375.

³ Citons entre autres AFFOLTER B. 1 p. 119 et 120; GIACOMETTI B. 21 p. 382.

pouvoirs», du 30 août 1939 (R.O. 55, p. 769), fut une abondante source de droit, qui, au moment où nous écrivons, domine encore toutes les autres. Ces règlements du C.F. et de ses services portent des noms variés, tels qu'arrêtés, ordonnances ou instructions. Leur publication présente un intérêt particulier et sera également comprise dans notre étude.

II. LA LOI EN DROIT CANTONAL

Le sens du mot loi ne présente pas, en droit cantonal, de différences sensibles avec celui qu'il revêt en droit fédéral. Par loi, on entend, partout, la règle de droit écrite ¹ œuvre du législateur, que nous avons appelée loi « sensu stricto ». La constitution de trois cantons en donne même une définition; ce sont *Uri* ², *Obwald* ³ et *St-Gall* ⁴. Dans ces cantons, la définition correspond à la loi au sens strict, telle qu'elle a été définie ci-dessus. En outre, dans plusieurs arrêts concernant notamment les cantons de *Berne* ⁵, *Lucerne* ⁶, *Uri* ⁷, *Obwald* ⁸ et *Nidwald* ⁹, le T.F. a précisé que d'une manière générale la règle de droit initiale ne pouvait émaner que du législateur, c'est-à-dire du Grand

¹ GIACOMETTI B. 24 p. 469.

² Const. art. 53 : « Als Gesetze im Sinne des Art. 52 lit. b, sind diejenigen Vorschriften zu verstehen, welche allgemein verbindlich sind und solche Rechte oder Pflichten feststellen, welche die Gesamtheit oder einen erheblichen Bruchteil des Volkes berühren. Vorbehalten bleiben die von der Verfassung selbst gemachten Ausnahmen. » Cette définition correspond à celle de l'école de Laband vue plus haut.

³ Const. art. 25 lit. a) al. 2 : « Als Gesetze werden alle Erlasse angesehen, welche die Rechte und Pflichten der Privaten, der öffentlichen Genossenschaften, der Gemeinden und des Staates, sowie die organischen Einrichtungen des Staates, des Gerichts- und Verwaltungswesens allgemein und bleibend bestimmen. » Cette définition est plus complète que la précédente et correspond dans ses grandes lignes à celle que nous avons donnée plus haut.

⁴ L'art. 54 al. 2 de la Constitution contient la même définition de la loi que celle d'Obwald.

⁵ A.T.F. VI p. 597, 23 p. 1500, 41 p. 500. ⁶ A.T.F. 38 I, p. 529.

⁷ A.T.F. XVIII p. 130. ⁸ A.T.F. XII p. 562. ⁹ A.T.F. XII, p. 573.

Conseil (Landrat, Kantonsrat, Grosser Rat) et du peuple; le rôle de ce dernier variant selon que le droit cantonal connaît le referendum facultatif ¹ ou obligatoire ² ou encore remet la discussion et l'adoption des lois à la Landsgemeinde ³. En revanche, dans aucun canton, le Grand Conseil ni le peuple ne peuvent légiférer seuls ⁴. *En droit cantonal, on peut donc affirmer que, par loi, le constituant a entendu la loi « sensu stricto » : celle qui édictée par le législateur contient des règles de droit.*

Le règlement de droit joue un rôle important. Le Grand Conseil ou le Conseil d'Etat exercent le pouvoir réglementaire directement ou par délégation. Dans une intéressante étude, ESCHER ⁵ a relevé la pratique en vigueur dans les cantons. Le phénomène de concentration de la législation entre les mains du pouvoir exécutif existe aussi sur le plan cantonal, mais il est loin d'être aussi prononcé qu'en droit fédéral, parce que la législation est moins abondante et que chaque citoyen peut porter au T.F. toutes les violations de ses droits constitutionnels ⁶.

¹ Connaissent le referendum facultatif les cantons de Lucerne (Constitution art. 39), Zoug (Const. art. 34), Fribourg (Const. art. 28 bis), Bâle-Ville (Const. art. 29), Tessin (Const. art. 57), Vaud (Const. art. 27), Neuchâtel (Const. art. 39), St-Gall (Const. art. 47), et Genève (loi constitutionnelle du 26 avril 1879 sur le referendum facultatif cantonal).

² Les cantons de Zurich (Const. art. 30), Berne (Const. art. 6), Uri (Const. art. 48), Schwyz (Const. art. 3 et 30), Soleure (Const. art. 17), Bâle-Campagne (Const. art. 11), Schaffhouse (Const. art. 42), Grisons (Const. art. 2), Argovie (Const. art. 25), Thurgovie (Const. art. 4) et Valais (Const. art. 3) ont établi le système du referendum obligatoire.

³ Les lois sont adoptées par la Landsgemeinde à Obwald (Const. art. 25), au Nidwald (Const. art. 45), à Glaris (Const. art. 35) et dans les deux Appenzel (App. R.E. Const. art. 42; App. R.I. Const. art. 20).

⁴ Dans l'arrêt A.T.F. 23 p. 1500 le T.F. affirme qu'à Berne le législateur est le peuple. A notre avis ce n'est pas le cas, car conformément à l'art. 26 ch. 1 de la Constitution cantonale, le Grand Conseil délibère sur tous les objets soumis au peuple. La position du T.F. s'explique par contre historiquement, en ce sens que l'accent est mis sur le peuple titulaire de la souveraineté dans les démocraties.

⁵ ESCHER B. 16.

⁶ GIACOMETTI B. 24 p. 476 et suiv.; v. WALDKIRCH B. 66 p. 64 et suiv.

III. TERMINOLOGIE

Au cours de cette brève étude de la loi et du règlement, en droit fédéral et cantonal, nous avons établi que les constituants n'ont pas visé uniquement la loi en son sens formel ou matériel; ils ont combiné les deux notions : *une loi correspond à la règle de droit élaborée par le législateur*. C'est cette loi « sensu stricto » que nous baptiserons « loi » au cours de cette étude. En droit fédéral nous qualifierons ainsi la loi proprement dite et l'arrêté fédéral de portée générale non urgent, alors qu'en droit cantonal ce seront les lois, les décrets et arrêtés de portée générale formulant des règles de droit adoptées expressément ou tacitement par les citoyens actifs.

Nous appellerons règlement toute règle de droit édictée par le parlement ou le gouvernement seuls en vertu de leur pouvoir réglementaire, ou conformément à une délégation de compétence du législateur. Seront donc des règlements du droit fédéral : l'arrêté de portée générale urgent, l'arrêté simple, les arrêtés du C.F., les ordonnances de ses Départements et de leurs Services, en tant que ces différents actes ont la règle de droit pour objet. En droit cantonal : toutes les lois matérielles élaborées, sans le concours du législateur, par les Grands Conseils ou les Conseils d'Etat. Nous serions tentés de parler d'« ordonnances de droit », pour répondre à la terminologie allemande de « Rechtsverordnung ». Cette appellation ne serait cependant pas sans danger et risquerait de créer des confusions avec toutes les prescriptions édictées sous le nom d'« ordonnance », « Verfügung », par les pouvoirs publics fédéraux et cantonaux, et qui sont fréquemment employés pour désigner des mesures essentiellement administratives ¹. Le mot « règlement » doit donc lui être préféré.

¹ HUBER B. 30 p. 44 et 45.

C'est à la publication des lois et règlements ainsi définis que la présente étude est consacrée. Nous laisserons par contre de côté les règlements administratifs ne présentant pas un caractère général et qui peuvent être appliqués sans être connus en dehors de l'administration.

D'une manière générale, la publication des traités internationaux est soumise aux mêmes règles que les lois et règlements.

CHAPITRE II

LA PUBLICATION

Section I^{re}. DÉFINITION ET GÉNÉRALITÉS

Les lois et règlements enjoignent aux personnes qu'ils entendent régir, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Or, pour que cette injonction ne reste pas lettre morte, elle doit être portée à la connaissance des intéressés. *La publication consiste donc à rendre « public » un acte législatif.*

Est rendu « public » le texte porté à la connaissance non pas d'individus déterminés, mais de l'ensemble ou d'une partie de la population (par exemple aux habitants d'une région ou aux personnes exerçant une certaine activité économique). L'envoi d'une lettre ou d'une circulaire à un nombre déterminé d'intéressés n'est pas un acte de publication, car il ne rend pas le texte public. Une affiche, au contraire, s'adresse indistinctement à tous ceux qui passent devant. Il en est de même d'un organe officiel, des journaux, de la radio, etc., qui s'adressent à la généralité anonyme des destinataires.

Les lois et règlements sont publiés par l'Etat dont ils émanent. Ils peuvent l'être aussi par des particuliers désireux pour une raison ou une autre de renseigner les intéressés (journaux d'informations ou politiques, revues scientifiques). La publication, dite *juridique*, s'oppose donc à la publication *de fait* qu'opèrent des particuliers sur leur seule initiative¹. La doctrine a en outre dualisé la notion

¹ BARTHÉLEMY B. 4 p. 744.

de publication juridique et distingue entre publication formelle et publication matérielle ¹.

I. PUBLICATION MATÉRIELLE

Elle consiste à porter effectivement le contenu de l'acte à la connaissance des particuliers, en usant des moyens techniques appropriés. Les pouvoirs publics se serviront des journaux, affiches, criées publiques, ou — procédé plus actuel — de la radio. L'Etat qui agit de la sorte atteindra, en règle générale, la plupart des personnes qu'il veut instruire. Pas toutes, cependant, car il y aura toujours des gens qui en raison de circonstances particulières — absence, maladie ou encore simplicité d'esprit — ignoreront la prescription. En procédant à des actes d'information effective, l'Etat n'a donc pas la garantie que ceux auxquels il s'adresse connaîtront la loi; en outre, ce moyen de mise au courant est coûteux et demande un certain travail administratif, pour apposer les affiches, procéder aux criées publiques, etc. C'est pourquoi les Etats modernes lui ont préféré le système de la publication formelle, qui, en droit, élimine les inconvénients signalés.

II. PUBLICATION FORMELLE

On entend par là l'acte d'information de l'Etat qui ne tend pas à renseigner effectivement les intéressés, mais qui, théoriquement du moins, donne à chacun la possibilité de l'être. L'insertion des lois ou des règlements dans un recueil officiel paraissant dans la capitale du pays est le type de la publication formelle. Ce système, en vigueur dans la presque totalité des Etats civilisés, a été inauguré par la Révolution française.

En France, sous l'ancien régime, la situation était

¹ LUKAS B. 46 p. 7 et suiv.

confuse, car les ordonnances n'étaient pas publiées par les officiers du roi, mais par les organes judiciaires régionaux¹. Après avoir été sanctionnées par le souverain, elles étaient envoyées aux « parlements de province » pour enregistrement et publication. Or, cette formalité n'avait pas lieu simultanément partout, certains parlements faisant fréquemment opposition à la loi, ce qui n'allait pas sans retarder sa mise à exécution. Mais même là où les ordres du roi étaient observés, les organes provinciaux s'arrogeaient le droit d'instruire leurs administrés et de mettre la loi en vigueur à leur convenance. Cette autonomie ne prenait certes pas sa source dans les textes légaux, ceux-ci stipulant : « Si mandons que nos présentes ordonnances vous faites publier à son de trompe et cry public es lieux de vos bailliages, sénéchaussées et jurisdictions accoustumées à faire semblable proclamation, en contraignant à l'observation d'icelles tous ceux qu'il appartiendra et qui pour ce seront à contraindre »².

La loi ordonnait donc sa propre publication de manière effective ou matérielle dans toutes les localités de quelque importance. Certains parlements ne se bornaient pas moins à lire la loi en séance plénière et publique du tribunal et la déclaraient obligatoire dans les bailliages, sénéchaussées et jurisdictions subalternes sans trompe ni cry public³.

De là des inégalités entre les provinces et un état d'insécurité pour les sujets. C'est pour y remédier que la Convention élaborait la « loi du 14 frimaire de l'an II (4 décembre 1793) sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire », qui créa un « Bulletin des lois de la République ». Ce fut le premier organe officiel centralisé de publication des lois.

¹ LUKAS B. 46 p. 66 et suiv.

² LIEBENOW B. 43 p. 55.

³ LUKAS B. 46 p. 67.

De France ce système devait se répandre dans le monde entier; à notre connaissance, il a cours actuellement dans presque tous les Etats civilisés. LUKAS¹ déclare que la publication dans un organe officiel est un des principes fondamentaux de notre droit moderne. Cette thèse repose sur l'idée suivante :

L'information effective est lente. Elle n'atteint pas tous les intéressés simultanément. Jusqu'à ce que le décret soit connu sur l'ensemble du territoire national, il s'écoule un temps précieux, pendant lequel il n'entre pas en vigueur. Enfin, malgré tous ses efforts, il est pratiquement impossible, à l'Etat, de renseigner les particuliers. On estime dès lors qu'il lui est plus avantageux de renoncer d'emblée à mettre chacun au courant et de donner aux intéressés la possibilité de prendre connaissance de l'acte législatif en l'insérant dans un recueil officiel, consacré comme tel et mis à la disposition de tous.

L'Etat opère ici avec une fiction, car il est évident que si la publication dite matérielle ne touche pas la totalité des intéressés, l'insertion de la loi ou du règlement dans un organe officiel y parvient encore moins. Les partisans de la publication formelle estiment que c'est au public lui-même à faire l'effort de connaître le texte publié. Le meilleur moyen de l'y contraindre n'est-il pas de déclarer qu'à partir de telle date la loi sera censée connue de tous ? En général on fixe un délai appelé « *vacatio legis* » entre la publication et l'entrée en vigueur, pour permettre aux citoyens de se renseigner. Passé ce délai, la théorie formaliste n'admet plus l'exception d'ignorance. Les personnes qui enfreindraient les prescriptions légales pour ne les avoir pas connues n'ont aucun moyen de se disculper; en cas de contravention, elles se verront opposer l'adage : « *error juris nocet* », c'est-à-dire « nul n'est censé ignorer la loi ».

¹ LUKAS B. 46 p. 97.

Cette formule est le corollaire de la publication formelle, car, par sa rigueur, elle oblige les intéressés à connaître les textes publiés dans l'organe officiel. Nous reviendrons à ce principe au titre III (cf. pages 122 et s.).

Le système formel conduit logiquement à conférer à l'organe officiel le *monopole de la publication des actes législatifs*¹. Si le particulier est tenu de connaître les lois, il doit avoir la certitude de les trouver dans un recueil officiel consacré comme tel et qui a reçu, en quelque sorte, une investiture légale ou même constitutionnelle, l'accréditant à titre d'organe unique de publication des lois. Deux ou même plusieurs organes pourraient être déclarés officiels, mais, en règle générale, les Etats s'en tiennent à un seul; ce qui est rationnel dès l'instant où ils renoncent à porter effectivement le texte de loi à la connaissance des intéressés.

Section II. LA PUBLICATION EN DROIT SUISSE

Après avoir distingué entre publication matérielle et formelle, nous examinerons à quelle solution le droit positif suisse s'est arrêté.

I. DROIT FÉDÉRAL

Vu le referendum facultatif, les lois et arrêtés fédéraux de portée générale non urgents sont publiés une première fois dans la F.F. après leur adoption par l'Assemblée fédérale (art. 3 et 4 de la « loi fédérale du 17 juin 1874 concernant les votations populaires sur les lois et arrêtés fédéraux »)². Cet organe, institué et régi par l'« ordonnance du C.F. du 5 mars 1849 relative à la publication

¹ HATSCHECK B. 28 p. 92.

² R.O. 1 p. 97.

d'une Feuille fédérale »¹, paraît une fois par semaine (depuis la guerre une fois tous les quinze jours), généralement le samedi, en langue allemande et française. Son contenu est divisé en deux parties. La première (art. 2 de l'ordonnance précitée) est réservée aux lois, décrets et arrêtés de la Confédération, aux ordonnances, décrets et arrêtés du C.F. Elle contient en outre les projets de lois, décrets et arrêtés de la Confédération. Aujourd'hui et depuis la création du « Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération », la F.F. ne publie plus que les projets de lois et d'arrêtés fédéraux de portée générale non urgents. C'est « l'arrêté du C.F. du 24 mars 1851 touchant une publication plus convenable de la Feuille fédérale »² qui a modifié le régime antérieur. L'insertion de ces textes législatifs dans la F.F. a pour but de renseigner les citoyens afin de leur permettre de faire usage de leur droit de demander le referendum.

A expiration du délai référendaire, ou, le cas échéant, après la votation populaire, la loi ou l'arrêté de portée générale non urgents sont reproduits à nouveau au R.O. (art. 32 de la loi fédérale du 9 octobre 1902 sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés)³. Cet organe paraît dans les trois langues officielles (art. 35 de la loi de 1902).

L'insertion au R.O. a pour but de rendre la loi publique pour tous et non pas seulement (comme c'est le cas de la publication dans la F.F.) d'instruire les seuls citoyens. Les lois et arrêtés de portée générale non urgents de la Confédération sont donc publiés deux fois. Cette double publication n'est concevable que dans un Etat qui confie aux

¹ R.O. 1 p. 275.

² R.O. 2 p. 340.

³ R.O. 19 p. 353.

électeurs l'adoption définitive des lois. Les règlements du parlement et ceux du C.F. ne paraissent par contre qu'au R.O.¹, vu qu'ils ne sont pas soumis au referendum. La F.F. et le R.O. sont des moyens de publication formelle donnant aux personnes visées une possibilité de prendre connaissance des lois et règlements.

L'art. 33 de la loi de 1902 ne prescrit la publication au R.O. que pour les règlements d'une « importance générale ». Le texte allemand parle de « wichtigere Beschlüsse und Verordnungen ». Ces deux versions ne sont pas identiques. Aux termes de la rédaction française de l'art. 33, tous les règlements ayant la règle de droit pour objet sont visés, alors que le texte allemand et italien n'exige pas la publication des règlements de moindre importance, même s'ils ont la règle de droit pour contenu. Cette seconde conception, qui est celle de la division de justice (dans une consultation de décembre 1939)², nous paraît devoir être retenue pour les raisons exposées plus loin (cf. p. 152 et s.).

II. DROIT CANTONAL

Dans les cantons, le pouvoir législatif du peuple varie, selon que la Constitution a consacré le système du referendum facultatif, du referendum obligatoire ou de la Landsgemeinde. Cette participation des électeurs à l'élaboration des lois contraint les pouvoirs publics à leur soumettre les projets définitifs adoptés par le Grand Conseil (Landrat, Grosser Rat, Kantonsrat), pour leur permettre, le cas échéant, de formuler une demande de referendum ou de voter en connaissance de cause. Les citoyens actifs

¹ Art. 2 de la loi de 1874 et 33 de celle de 1902.

² Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, fascicule 13 (1939) p. 20.

sont renseignés soit par la publication du texte dans l'organe officiel cantonal, soit par son envoi, sous pli, aux électeurs. Dans ce dernier cas, il n'y a pas publication proprement dite puisque les électeurs seuls — c'est-à-dire une petite partie de la population — sont renseignés officiellement; l'information ne vise donc pas des destinataires anonymes (cf. p. 31).

Dans les cantons de *Berne, Glaris, Zoug, Soleure, Bâle-Campagne, Schaffhouse, Appenzell R.I., Grisons et Argovie*, les projets de loi du Grand Conseil sont envoyés directement aux citoyens, sans insertion à l'organe officiel. Partout ailleurs, ils sont publiés et en outre fréquemment remis aux citoyens. Un organe officiel cantonal, appelé feuille ou bulletin officiel (en allemand *Amts- ou Kantonsblatt*; au *Tessin* *Foglio ufficiale*), existe dans tous les cantons à l'exception d'*Appenzell R.I.* La F.O. paraît en général une fois par semaine ou tous les quinze jours.

Après leur adoption définitive par le peuple (ou à expiration du délai référendaire pour les Etats à referendum facultatif) certains cantons procèdent à une nouvelle insertion des lois à la F.O. En outre, tous les Etats confédérés, à l'exception d'*Appenzell R.I.*, publient un recueil des lois. Ce recueil, au même titre que le R.O., est l'organe officiel de publication des cantons de *Glaris, Zoug, Argovie* et *Tessin*. Il paraît en fascicules annexés à la F.O. chaque fois que le besoin s'en fait sentir. Dans la majorité des cantons, cependant, il n'est pas un organe officiel de publication, mais une collection des actes législatifs. Selon les cantons, il paraît une ou plusieurs fois par année, ou encore à de plus longs intervalles. Aussi ne compterons-nous pas le recueil des lois comme organe de publication (sauf dans les quatre cantons précités) et n'y reviendrons plus.

Vu ce qui précède, nous pouvons répartir les cantons en cinq catégories :

1. Dans la première, les lois sont publiées en entier avant et après leur adoption définitive (expiration du délai référendaire ou votation populaire). Ce sont *Uri*¹, *Schwyz*², *Nidwald*³, *Glaris*⁴, *Tessin*⁵, *Vaud*⁶, *Valais*⁷ et *Genève*⁸.

2. Les cantons de *Zurich*⁹, *Lucerne*¹⁰, *Obwald*¹¹, *Fribourg*¹², *Bâle-Ville*¹³, *Appenzell R.E.*¹⁴, *St-Gall*¹⁵, *Thurgou-*

¹ L'art. 62 lit. a) Constitution place la publication des lois dans les attributions du Conseil d'Etat.

² § 31 Constitution, § 1 al. 1^{er}; § 2 al. 1^{er} Verordnung vom 23. Dezember 1933 über das Amtsblatt des Kantons Schwyz.

³ § 2 lit. a) Beschlüsse betreffend das Amtsblatt von 1852, modifié le 22 novembre 1883.

⁴ § 3 Verordnung vom 23. Dezember 1846 betreffend das Amtsblatt.

⁵ Art. 57 de la Constitution, Legge 2 giugno 1843 e decreto es. 24 dicembre 1850 concernente l'edizione del Foglio ufficiale.

⁶ Loi du 28 novembre 1922 sur la promulgation des lois, décrets et arrêtés.

⁷ Indications de la Chancellerie d'Etat du Valais.

⁸ Art. 1^{er} loi constitutionnelle du 26 avril 1879 sur le referendum facultatif cantonal. Art. 8 loi organique du 17 janvier 1906 sur le referendum facultatif et sur le droit d'initiative. Voir aussi la loi du 17 août 1815 sur la promulgation des lois et autres actes du Conseil représentatif du 17 août 1815.

⁹ Art. 30 et 40 Constitution. Gesetz vom 18. Dezember 1833 betreffend die Einführung eines Amtsblattes (R.d.L. III p. 196), Verordnung vom 5. Oktober 1878 betreffend die Einrichtung und Herausgabe eines Amtsblattes (R.d.L. XX p. 6).

¹⁰ § 39 al. 3 et 4 Constitution; § 2 ch. 2 et 3 Verordnung vom 24. Dezember 1912 betreffend das Kantonsblatt; § 114 al. 2 Geschäftsordnung vom 13. Juli 1936 für den Grossen Rat des Kantons Luzern; § 1 de la loi du 30 mai 1883 sur les publications officielles.

¹¹ Art. 27 Constitution, Art. 2 Beschluss vom 10. Juni 1854 betreffend die Errichtung eines Amtsblattes.

¹² Constitution, art. 21; loi du 13 mai 1921 sur l'exercice du droit d'initiative constitutionnelle et législative des citoyens et du droit de referendum, art. 21, 25, 26 et 27; loi du 22 novembre 1911 d'application au Code civil Art. 3.

¹³ Art. 29 al. 2 Constitution, §§ 4, 7, 8 et 9 Gesetz vom 16. November 1875 betreffend das Verfahren bei Ausübung der Initiative und des Kantonalen Referendums. § 20 Gesetz vom 9. April 1908 betreffend Organisation und Geschäftsordnung des Versicherungsrates des Kantons Basel-Stadt; § 26 Gesetz vom 28. April 1938, betreffend die Geschäftsordnung des Grossen Rates.

¹⁴ §§ 2, 3 et 7 du règlement de la Landsgemeinde du 4 décembre 1908, § 2 Verordnung betreffend die Herausgabe des Amtsblattes des Kantons Appenzell der Aeussern Rhoden vom 12. November 1878.

¹⁵ Art. 47 Constitution; art. 12, 14 et 15 Gesetz vom 2. Dezember 1892 betreffend Verfahren bei Ausübung des Kantonalen Referendums und der

*vie*¹ et *Neuchâtel*² publient les lois « in extenso » avant leur adoption définitive et sous forme d'arrêté de promulgation après celle-ci.

3. La troisième catégorie réunit les Etats confédérés qui ne publient la loi en entier que postérieurement à son adoption par le peuple (ou, dans les cantons à referendum facultatif, à l'expiration du délai référendaire, si la votation populaire n'a pas lieu); s'y rattachent : *Berne*³, *Schwyz*⁴, *Zoug*⁵, *Bâle-Campagne*⁶, *Schaffhouse*⁷ et *Argovie*⁸.

4. Avant la consultation populaire, les cantons de *Soleure*⁹ et des *Grisons*¹⁰ remettent sous pli les lois aux électeurs; après celle-ci seul l'arrêté de promulgation paraît dans la F.O.

5. *Appenzell R.I.*¹¹ n'insère ses lois dans un organe

Initiative; art. 1^{er} Gesetz vom 20. Mai 1884 betreffend die Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen.

¹ §§ 35 et 39 Constitution; § 35 Gesetz vom 24. Mai 1904 betreffend Stimmberechtigung, Wahlverfahren, Volksabstimmungen und Entlassung von Beamten; § 2 Dekret betreffend die Herausgabe eines Kantons- und eines Amtsblattes, vom 18. Februar 1850.

² Art. 49 Constitution; Art. 137, 138 et 142 loi du 23 novembre 1916 sur l'exercice des droits politiques; art. 1^{er} et 2 de la loi du 28 octobre 1925 sur la Feuille officielle.

³ Art. 17 Constitution; § 1^{er} Verordnung vom 26. Juni 1942 über die Amtsblätter und Amtsanzeiger.

⁴ § 31 Constitution; § 1^{er} al. 1^{er}, § 2 al. 1^{er} Verordnung vom 23. Dezember 1933 über das Amtsblatt des Kantons Schwyz.

⁵ § 1, 2, 3 et 4 Gesetz vom 17. Mai 1858 betreffend Einführung eines Amtsblattes.

⁶ Indications fournies par la Chancellerie d'Etat du canton de Bâle-Campagne. La question est réglée par l'usage. Il n'y a aucune disposition légale.

⁷ Art. 66 ch. 3 Constitution; art. 71 des Wahlgesetzes vom 4. Mai 1904.

⁸ § 1 Gesetz vom 26. Wintermonat 1856 über die amtlichen Bekanntmachungen; § 18 Gesetz vom 16. September 1937 über Wahlen und Abstimmungen. § 42 des Reglementes vom 20. Februar 1941 über die Geschäftsführung des Grossen Rates.

⁹ Indications fournies par la Chancellerie d'Etat du canton de Soleure.

¹⁰ Verordnung vom 11. Dezember 1877 über Abstimmung in Landes-sachen; Grossratsbeschluss vom 18. Juni 1879 über Regelung der Auflage und Verbreitung der Gesetze, Verordnungen und anderen amtlichen Publikationen, sowie des Amtsblattes; Verordnung v. Kleinen Rat vom 13. Dezember 1940 über das Amtsblatt des Kantons Graubünden.

¹¹ Art. 11 et 23 Constitution. Art. 6 Verordnung vom 21. November 1924 betreffend die Landsgemeinde und die Gemeindeversammlungen.

quelconque ni avant ni après leur adoption par la Landsgemeinde.

Dans tous les cantons, excepté ce dernier, les règlements sont publiés une fois dans la F.O., dès qu'ils sont définitifs. A *Appenzell R.I.* ils paraissent dans les journaux du canton et notamment dans l'« Appenzeller Volksfreund ».

Le droit public de quelques cantons prescrit, à côté de l'insertion à la F.O., une publication effective ou matérielle. A *Genève*, par exemple, l'article 2 de la loi du 17 août 1815 sur la promulgation des lois (modifié le 30 mai 1870) déclare que des placards imprimés seront affichés « dans les lieux accoutumés ». En outre, la lecture dans les églises peut être ordonnée; elle est confiée au maire de la commune ou à son adjoint. Une règle analogue est en vigueur dans l'Etat du *Nidwald*. En *Valais*, le gouvernement peut ordonner, dans l'arrêté de promulgation, l'information par crie publique et par affiche au pilier communal.

En cas d'urgence, quelques cantons permettent de renseigner les électeurs plus rapidement que par la F.O. Le Conseil d'Etat du *Nidwald* peut en pareille occurrence recourir à la méthode de son choix. Il est tenu, cependant, de reproduire ensuite le décret dans la F.O. ¹. Un système analogue existe à *Lucerne*, conformément au § 1^{er} de la loi du 30 mai 1883 sur les publications officielles. A *Berne*, *Glaris* et *Bâle-Ville* l'usage autorise les pouvoirs publics à recourir aux affiches. En *Thurgovie*, l'exécutif peut porter ses édits à la connaissance du public par les journaux d'information.

Citons, en terminant, pour l'exclure de cette étude, la publication des projets de loi prescrite à *Berne* ², *Argovie* ³

¹ § 3 de l'Amtsblattbeschluss de 1852, modifié le 22 novembre 1883.

² § 29 de la Constitution.

³ § 35 al. 4 Constitution et § 42 des Reglements vom 20. Februar 1941 über die Geschäftsführung des Grossen Rates (Grossrats-Reglement).

et *Thurgovie*¹, entre la première et la seconde lecture au Grand Conseil. Son but est de donner aux citoyens l'occasion de faire, alors qu'il est encore temps, des suggestions et propositions de modifications au parlement. Ce système permet également aux députés de tâter le pouls de leurs électeurs et de savoir si la mesure envisagée correspond bien à leurs vœux. Très démocratique, cette institution est toutefois étrangère à notre étude, en ce sens qu'au cours de la seconde délibération le projet peut encore subir des modifications. Il ne s'agit donc pas de la publication d'un texte définitif, qui seule nous intéresse ici.

III. LA PUBLICATION NE DOIT PAS ÊTRE CONFONDUE AVEC LA PROMULGATION

Si le terme de publication évoque d'emblée quelque chose de précis, il n'en est pas de même de celui de promulgation, dont le sens demande quelques éclaircissements. C'est vraisemblablement pourquoi auteurs, législateurs et tribunaux se servent de cette expression pour désigner des choses différentes. LAROUSSE, LITTRÉ et le DICTIONNAIRE DE L'ACADÉMIE FRANÇAISE nous apprennent que promulgation vient du latin « promulgare » et signifie « publication solennelle des lois ». A les en croire, la promulgation serait très semblable à ce que nous avons appelé la publication juridique.

Comme il s'agit cependant d'un terme purement juridique, on ne peut le définir « in abstracto » sans tenir compte du droit positif. En droit comparé, nous croyons pouvoir discerner une conception monarchique et une conception républicaine de la promulgation.

¹ § 36 de la Constitution et § 2 lit. a) alinéa 2 du décret du 18 février 1850 « betreffend die Herausgabe eines Kantons- und eines Amtsblattes ». Ici la publication intervient avant que le Grand Conseil ne commence à délibérer sur la loi.

A. La conception monarchique :

Nous la trouvons réalisée notamment dans le droit constitutionnel des Etats confédérés du premier empire allemand fondé par Bismarck en 1871. Ces constitutions donnaient au souverain un droit de « sanction » (approbation) et de promulgation des lois votées par le parlement ¹. LABAND ² exposait que l'impératif de la loi lui était conféré par l'acte de sanction du souverain. Sans cette approbation, le texte de loi restait lettre morte. Seule la sanction du monarque lui insufflait vie et en faisait une loi existante. Or, cette approbation devait s'extérioriser par écrit dans l'acte de promulgation (Ausfertigung), qui consistait dans la signature par le souverain de l'expédition originale du texte de loi. La formule de promulgation figurant dans l'intitulé ne laissait pas de doute sur la nature impérative : « Wir... verordnen... ». Le droit de promulgation de l'empereur d'Allemagne résultait de l'art. 17 de la constitution de Bismarck ³. En France, la charte constitutionnelle du 4 juin 1817, qui tentait de rééditer les droits de la monarchie, disposait : « Le roi seul sanctionne et promulgue les lois » ⁴.

La promulgation n'était donc nullement assimilable à la publication (Verkündigung) qui, à l'époque du premier Reich allemand, incombait aussi à l'empereur ⁵. La promulgation pouvait être définie : l'acte juridique attestant que la loi est née, pourvue de la sanction royale ou impériale.

¹ LABAND B. 40 p. 7.

² *Op. cit.* p. 29 et 30.

³ Gesetz betreffend die Verfassung des deutschen Reiches, vom 16. April 1871 (nebst Anhang), Berlin 1871.

⁴ LUKAS B. 46 p. 108.

⁵ L'art. 17 de la Constitution de 1871 disposait : « Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze... zu ».

B. *La conception républicaine :*

Les lois constitutionnelles françaises de 1875 ignoraient la sanction des lois (au sens où elle a été définie ci-dessus). L'art. 1^{er} de la loi du 25 février 1875 sur l'organisation des pouvoirs publics disait brièvement : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le sénat. » La promulgation par les soins du président de la République avait une signification autre qu'en droit allemand d'avant 1919, car le chef de l'Etat, n'étant pas législateur, n'avait pas part à l'élaboration des lois. La promulgation était donc un acte de gouvernement. Quels étaient son sens et sa portée ? JÈZE ¹ répond : « La promulgation d'une loi est l'acte juridique par lequel le président de la République :

1) affirme qu'un texte a été régulièrement adopté par les Chambres;

2) déclare qu'il ne demande pas une nouvelle délibération;

3) fixe, dans le cas où le parlement ne l'a pas fait, le moment précis à partir duquel la décision prise par le parlement sera exécutée par tous ceux qu'elle concerne. »

La promulgation en France n'était donc pas non plus la « publication solennelle des actes législatifs », de sorte que l'Académie française, Larousse et Littré ont été mal renseignés sur ce point.

Dans le deuxième Reich allemand, la promulgation de l'art. 70 de la constitution de Weimar du 11 août 1919 ressemblait à celle de la troisième République française. Ici aussi, le chef de l'Etat, c'est-à-dire le président du Reich, attestait la conformité de la loi avec la constitution. Comme dans la constitution impériale, cet acte était suivi

¹ JÈZE B. 35 p. 378.

de la « Verkündigung », c'est-à-dire de la publication qui incombait aussi au président du Reich ¹.

C. *La promulgation en droit suisse :*

1. Droit fédéral.

En droit fédéral plus encore qu'ailleurs, le mot promulgation est employé pour désigner des actes très différents. Il n'est donc pas aisé de dire effectivement ce qu'elle est.

Les lois de 1874 et de 1902 en parlent sans la définir, ce qui permet plusieurs interprétations. En voici quatre :

a. La promulgation serait la signature de l'expédition originale des lois et arrêtés fédéraux de portée générale, urgents ou non, par les présidents et les secrétaires des deux Conseils, et sa communication au C.F. pour la faire publier dans la F.F. (art. 32 de la loi de 1902 et 3 de la loi de 1874).

Le texte allemand appuie cette thèse. Il parle à l'art. 52 d'« Erlass », ce qui veut dire : « La forme en laquelle la loi est rendue. » D'autre part, la doctrine suisse, qui a fortement emboîté le pas derrière LABAND, croit pouvoir distinguer dans la signature de l'expédition originale, un acte analogue à la promulgation du droit allemand d'avant 1919. GUHL ², notamment, assimile le vote des Chambres à la sanction et la signature de l'expédition originale à la promulgation des lois. Ne dit-il pas : « Die Ausfertigung ist die Verkörperung des Gesetz- oder Beschlusswillens » ? AFFOLTER ³ SCHOLLENBERGER ⁴ et BURCKHARDT ⁵ soutiennent une thèse analogue.

Nous ne pouvons nous y rallier, car rien dans la Cons-

¹ STIER-SOMLO B. 62 p. 152, § I.

² GUHL B. 25 p. 52 et 53.

³ AFFOLTER B. 1 p. 112.

⁴ SCHOLLENBERGER B. 60 p. 247.

⁵ BURCKHARDT B. 11 p. 156.

titution fédérale ne permet de conclure à l'existence de l'institution monarchique de la sanction. Un projet ne devient pas loi de par la volonté d'un seul organe étatique supérieur aux autres, mais par l'observation des formes prévues à l'art. 89 Constitution fédérale, soit l'accord des deux Conseils et l'acceptation tacite ou expresse du peuple. Toutes les phases de l'élaboration de la loi ont la même valeur et sont indispensables à sa perfection.

b. La promulgation serait la publication juridique des lois.

Cette opinion s'appuie sur le message du C.F. du 30 mars 1899 ¹ concernant la loi de 1902, qui identifie promulgation à publication. Le message se contredit cependant et le mot promulgation y est employé dans deux sens différents. D'autre part, si ces deux termes étaient synonymes, le titre III de la loi de 1902 ne proclamerait pas : « Forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés. » Il n'est guère concevable que le législateur ait employé deux expressions différentes pour dire la même chose.

c. La promulgation serait l'acte du C.F. prévu à l'art. 36 de la loi de 1902, par lequel cette autorité fixe l'entrée en vigueur d'une loi.

Cette disposition figure aussi sous le titre III précité. Rien ne s'opposerait donc à ce que cet acte du gouvernement soit baptisé promulgation (voir lettre a). A page 657 al. 3 et 4 le message se rallie aussi à cette interprétation.

Le C.F., dans son rapport de gestion présenté à l'Assemblée fédérale en 1874 ², exprime un avis analogue : « Nous avons décidé en outre que la promulgation ne peut pas se faire en indiquant simplement que telle loi ou tel arrêté

¹ F.F. 1899 III 653.

² F.F. 1874 II p. 29.

est entré en vigueur à telle date, mais qu'elle doit avoir lieu sous la forme d'un arrêté du Conseil fédéral ordonnant leur entrée en vigueur ».

d. Enfin, une partie de la doctrine qualifie promulgation l'arrêté du C.F. proclamant les résultats du vote, lorsque la loi a été acceptée par le peuple. Les art. 102 ch. 5 Constitution fédérale, 13 et 16 de la loi de 1874 font un devoir au C.F. de vérifier les résultats des votations populaires et de les publier. C'est cet acte d'exécution que BLUMER-MOREL ¹ et FLEINER ² appellent promulgation.

Nous avons dit ci-dessus pour quels motifs il ne nous paraissait pas raisonnable de se servir de ce terme pour désigner soit la signature de l'expédition originale du projet définitif adopté par l'Assemblée fédérale, soit l'acte de publication des lois. En revanche, les thèses développées sous lettres c) et d) ne soulèvent pas les mêmes objections; aussi proposons-nous de réserver le mot promulgation pour désigner : *l'acte juridique par lequel le C.F. :*

proclame, le cas échéant, que la loi ou l'arrêté fédéral de portée générale non urgent soumis à la votation du peuple a été adopté par celui-ci;

fixe l'entrée en vigueur de la loi ou des arrêtés fédéraux de portée générale urgents ou non, et ordonne leur exécution (art. 2, 7 et 14 de la loi de 1874).

Cette définition répond à une nécessité, car on ne voit guère comment on désignerait autrement les actes ci-dessus; elle correspond en outre à la notion de la promulgation du droit cantonal.

2. Droit cantonal.

Aucun canton ne définit la promulgation des lois. Et

¹ BLUMER-MOREL B. 6 p. 30.

² FLEINER B. 19 p. 411.

pourtant les Etats du *Valais*¹, de *Neuchâtel*² et de *Genève*³ la mentionnent dans leurs constitutions sous les attributions du Conseil d'Etat.

Cette expression apparaît aussi dans les lois d'autres cantons, sans qu'elles en précisent davantage le sens. C'est le cas à *Fribourg*⁴, *Bâle-Ville*⁵, *Schaffhouse*⁶, *St-Gall*⁷, *Grisons*⁸ et *Vaud*⁹.

Enfin, la promulgation est inconnue de la législation de certains cantons; mais les autorités s'en servent pour désigner l'arrêté du Conseil d'Etat fixant l'entrée en vigueur des lois. Exception faite du *Tessin* et de *Vaud*, qui paraissent assimiler promulgation à publication juridique, les cantons emploient ce terme dans un sens différent. Relevons cependant que la promulgation est inconnue en fait et en droit au *Nidwald* et dans les deux *Appenzell*.

Dans tous les autres cantons, elle est *l'acte juridique du Conseil d'Etat qui a pour objet*:

a) *de proclamer les résultats du vote populaire sur une loi*;

b) *de fixer son entrée en vigueur*;

c) *d'ordonner sa publication*.

¹ Constitution art. 53 et 100.

² Constitution art. 49.

³ Constitution art. 53, 54 et 82.

⁴ Art. 22, 25 et 27 de la loi du 13 mai 1923 sur l'exercice du droit d'initiative constitutionnelle et législative des citoyens et du droit de vote.

⁵ § 9 Gesetz vom 16. November 1875 betreffend das Verfahren bei Ausübung der Initiative und des kantonalen Referendums.

⁶ Art. 71 Gesetz vom 4. Mai 1904 über die vom Volke vorzunehmenden Abstimmungen und Wahlen, sowie die Ausübung der Volksrechte (Wahlgesetz).

⁷ Art. 15, 18 et 19 Gesetz vom 2. Dezember 1892 betreffend das Verfahren bei Ausübung des kantonalen Referendums und der Initiative.

⁸ Art. 49 Geschäftsordnung des Grossen Rates vom 26. November 1937. Grossratsbeschluss vom 18. Juni 1879 über Regelung der Auflage und Verbreitung der Gesetze, Verordnungen und andern amtlichen Publikationen, sowie des Amtsblattes (R.d.L. II. Ersatzband, p. 120).

⁹ Art. 1^{er}, 2 et 4 de la loi du 28 novembre 1922 sur la promulgation des lois, décrets et arrêtés.

L'acte de promulgation ne portera pas forcément partout sur ces trois points, mais au moins sur l'un d'eux. Par exemple, dans les cantons qui connaissent le referendum facultatif, les résultats de la votation ne sont proclamés que si elle a eu lieu (lettre *a*). Le Conseil d'Etat n'arrête d'autre part l'entrée en vigueur (lettre *b*) que si la loi à promulguer ne l'a pas déjà fait elle-même. Enfin, l'ordre de publier la loi (lettre *c*) n'a un sens que pour les cantons qui n'ont pas réglé cette question dans leur constitution ou leur législation.

La forme de promulgation varie beaucoup de canton à canton.

Parmi les plus claires citons celle de Berne :

« Le Conseil exécutif du Canton de Berne,

» Vu les procès-verbaux de la votation populaire du...

» *constate :*

» La loi... a été adoptée par...

» contre... et

» *arrête :*

» Cette loi sera publiée et insérée au Bulletin des lois. »

La promulgation n'existe que pour les actes législatifs du parlement et du peuple, et non pas pour les règlements du Conseil d'Etat.

CHAPITRE III

VALIDITÉ ET CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES LOIS ET RÈGLEMENTS

Par définition, un acte législatif ne peut être valable que s'il est conforme à une règle d'un ordre plus élevé ¹. Toute autorité (le constituant excepté) ne peut légiférer que dans le cadre des attributions que lui ont conférées des autorités hiérarchiquement supérieures. Si celles-ci lui ont prescrit une certaine procédure, elle doit s'y tenir. *Est dès lors valable : tout acte législatif édicté par l'autorité compétente, le cas échéant selon les formes prescrites à cet effet.*

La norme attributive de compétence indique toujours quelle autorité doit légiférer (sujet de la compétence) et dans quelles limites elle peut le faire (objet de la compétence). En revanche il n'est pas indispensable qu'elle établisse des règles de procédure. Si elle le fait cependant, l'acte n'est valable que lorsqu'elles ont été respectées.

Exemple : Pour être valables, les lois doivent être conformes à la Constitution. L'art. 89 Constitution fédérale fixe des règles de procédure dont l'observation est nécessaire à la perfection de la loi.

Une règle de procédure ne lie que les autorités subordonnées à celle qui l'a édictée. Elles ne sauraient l'enfreindre sans compromettre la validité de leurs décrets. En revanche, l'autorité dont elle émane n'est pas tenue de

¹ BURCKHARDT B. 10, p. 238.

l'observer. Elle peut en tout temps y déroger. La validité de ces mesures ne dépend donc pas de leur conformité à une telle règle. Lorsque le pouvoir supérieur n'a pas réglé la procédure, l'autorité subalterne est entièrement libre à cet égard. Ainsi, les prescriptions relatives à la forme prennent une signification différente selon le pouvoir à qui elles s'adressent. Elles peuvent être une condition de validité des lois et règlements, ou n'avoir aucune influence à ce sujet.

Une loi valable possède « force de loi formelle » : son auteur ne peut la modifier ou l'abroger qu'en observant la procédure suivie lors de son élaboration. Le législateur ne peut ainsi modifier une loi que par une autre loi. Celle-ci valable, il n'a plus la faculté de la retirer. La « force de loi formelle » lui est acquise indépendamment de son contenu dès l'instant où sont remplies les conditions posées par la norme juridique dont elle dépend.

La loi valable ne s'applique pas toujours immédiatement. Dès qu'elle est parfaite, les autorités doivent assurément prendre toutes les mesures prescrites pour la rendre obligatoire. Mais un certain temps peut aussi s'écouler lorsque le législateur a laissé au gouvernement le soin de fixer l'entrée en vigueur. Tant qu'une loi ou un règlement ne sont pas en vigueur, les citoyens, les administrés ne sont pas tenus de les respecter. Quoique existante et parfaite, la loi ne les lie pas. Ils ne sauraient donc y contrevenir. Les autorités n'ont pas le droit d'intervenir pour leur en imposer le respect; les tribunaux continueront à ignorer cette loi comme si elle n'existait pas.

Rares sont les auteurs qui distinguent entre validité et caractère obligatoire. Les deux notions doivent être dissociées cependant, car s'il est juste de dire que toute règle obligatoire est nécessairement valable, la réciproque ne l'est pas. Les lois valables qui n'ont jamais été obliga-

toires sont très rares; nous n'en connaissons qu'un exemple : La loi valaisanne sur la police cantonale, votée par le peuple le 19 novembre 1930; elle n'a pas été promulguée par le Conseil d'Etat et n'est donc jamais entrée en vigueur. Le gouvernement estimait, à tort ou à raison, qu'elle ne constituait pas un grand progrès sur l'ancienne et qu'il était préférable d'en élaborer encore une autre. L'exécutif n'était certainement pas compétent pour surseoir à la promulgation; il ne paraît pas cependant que le Grand Conseil l'en ait blâmé. Il est vrai que la loi visait à admettre les gendarmes dans la caisse de pension des fonctionnaires de l'Etat et que l'autorité, malgré le défaut de promulgation de cet acte législatif, avait accepté les agents de la force publique dans sa caisse de retraite.

La grande majorité des lois et règlements ne sont pas obligatoires au moment de leur perfection, mais quelques jours plus tard ou même après une « *vacatio legis* » de plus longue durée. Exemple : Le code pénal suisse valable dès le 21 décembre 1937 est entré en force le 1^{er} janvier 1942.

Un acte législatif est obligatoire lorsque les autorités chargées de l'exécuter ont le droit d'en imposer l'observation aux personnes qu'il régit et que, le cas échéant, les contrevenants peuvent être punis. La terminologie allemande parle de « *Verbindlichkeit* » ou de « *Wirksamkeit* » pour désigner le caractère obligatoire¹. Toute disposition en vigueur possède « force de loi matérielle », force qui lui permet de se substituer aux règles antérieures. Exemple : Dès le 1^{er} janvier, les véhicules qui circulaient à droite doivent tenir la gauche de la chaussée. Les usagers de la route qui rouleront à droite le 1^{er} janvier seront mis en contravention.

La force de loi matérielle se manifeste d'une façon aussi variée que le contenu même de la règle de droit.

¹ BURCKHARDT B. 11 p. 19 et 156.

Précisons enfin que si l'acte législatif ne peut être dans son ensemble que valable ou nul, ses dispositions n'acquièrent pas nécessairement force obligatoire au même moment ¹.

Au cours des développements des titres II et III, nous reviendrons aux caractéristiques de la validité et du caractère obligatoire des lois et règlements.

¹ La loi fédérale du 2 novembre 1898 sur la fabrication et la vente des allumettes ne fixe pas moins de quatre dates d'entrée en vigueur différentes : *a*) immédiate, pour la majorité des dispositions; *b*) 1^{er} juin 1899 pour l'importation des allumettes au phosphore jaune; *c*) 1^{er} avril 1900 pour la fabrication des allumettes au phosphore jaune; *d*) 1^{er} janvier 1901 pour l'exportation des allumettes au phosphore jaune. (Voir aussi von Salis B. 57 p. 199.)

TITRE II

La publication est-elle une condition de validité des lois et règlements ?

Au titre précédent nous avons précisé que les conditions de validité d'une loi sont fixées par la norme attributive de compétence. Or cette norme n'est pas la même partout; elle varie d'un Etat à un autre; à l'intérieur d'un pays, elle est susceptible de se modifier au cours des temps. C'est donc à la lumière du droit positif que le problème doit être résolu. Avant de nous arrêter au droit suisse, nous ferons une brève incursion chez nos voisins du nord et de l'ouest, vu l'influence considérable qu'ils ont exercée sur notre législation, notre doctrine et notre jurisprudence. L'étude du droit comparé nous permet de mieux comprendre les théories soutenues par les auteurs de ces pays, et d'apprécier ce qu'elles peuvent signifier pour nous.

CHAPITRE I^{er}

APERÇU DE DROIT COMPARÉ

Section I^{re}. DROIT ALLEMAND

I. CONSTITUTION DU 16 AVRIL 1871

A. Les lois.

La constitution de Bismarck disposait à l'art. 5 que le pouvoir législatif s'exerçait par le « Bundesrat » composé des chefs d'Etat confédérés et par le « Reichstag », parlement populaire : « Die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetze erforderlich und ausreichend. » Cet article paraît régler à titre exclusif les conditions de forme posées à la validité des lois; il exige l'accord des deux conseils sur un projet qu'ils ont élaboré. La constitution de 1871 (au contraire de celles des Etats confédérés d'Allemagne, qui attribuaient un droit de sanction à leur souverain) paraît n'avoir pas voulu faire de l'adhésion de l'empereur un élément de perfection des lois. En revanche, l'art. 15 plaçait la promulgation (Ausfertigung) et la publication (Verkündigung) dans ses attributions. En quelle qualité l'empereur exécutait-il ces actes ? était-ce comme législateur ou comme chef du pouvoir exécutif ? La doctrine allemande et notamment LABAND rejettent cette dernière hypothèse. Ils reconnaissent qu'une fois adoptée par le « Reichstag » et sanctionnée par le « Bundesrat », la loi est née au sens constitutionnel; toutefois pour que cette

existence soit perceptible et réelle, l'empereur devait l'attester dans la promulgation. A leur avis, cet acte était le dernier échelon de la procédure d'élaboration : « Wenn der Kaiser die Ausfertigung erteilt, so wird damit in formell unanfechtbarer und rechtswirksamer Weise konstatiert, dass das Gesetz verfassungsmässig zustande gekommen ist »; ou encore : « Das Zustandekommen eines rechtsgültigen Gesetzes ist an andere Voraussetzungen nicht gebunden » ¹.

On peut se demander si, face à une disposition aussi précise que l'article 5 de la constitution de 1871, spécifiant que l'accord des deux conseils est « suffisant », la théorie de LABAND était fondée. Nous laisserons la question ouverte, car quelle que soit la solution adoptée, c'est-à-dire que l'on s'en tienne à la lettre de l'art. 5 ou à l'interprétation de LABAND, la publication est étrangère au débat; la procédure législative se termine, dans le premier cas, par le vote concordant des deux conseils et, dans le second, par la promulgation. Il résulte de ce qui précède que la publication est déjà le premier acte d'exécution de la loi. Cet avis est développé notamment par ARNDT ², qui considère la publication comme un élément du caractère obligatoire des lois. MAYER ³ déclare que la sanction donnée à la loi par le Conseil fédéral (Bundesrat) est seule déterminante pour apprécier sa validité. Il assimile d'ailleurs promulgation à publication et en fait un facteur d'exécution des lois.

B. *Les règlements.*

Le législateur du premier Reich n'avait pas soumis la validité des règlements à d'autres conditions que celles

¹ LABAND B. 40 p. 44.

² ARNDT B. 3 p. 176.

³ MEYER B. 49 p. 566.

posées pour les lois par le constituant de 1871. LABAND ¹ fait observer que les règlements eux-mêmes étaient sanctionnés et promulgués par le souverain; la portée juridique de la publication était la même que pour les lois : « Elle atteste de manière authentique qu'au point de vue formel l'ordonnance a été régulièrement élaborée et que son texte est conforme à celui de l'expédition originale » ². La confection d'une expédition originale était donc nécessaire à la validité des règlements, mais non pas leur publication. LÖNING ³ s'exprime d'une manière analogue; à son avis les règlements du premier Reich étaient parfaits dès la signature de la minute par l'empereur.

II. CONSTITUTION DU 11 AOUT 1919

A. *Les lois.*

La constitution de Weimar passait pour un modèle de constitution démocratique. A-t-elle subordonné la validité des lois à leur publication ? L'art. 70 chargeait le président du Reich : « die verfassungsmässig zustandegekommenen Gesetze auszufertigen und binnen Monatsfrist im Reichsgesetzblatt zu verkünden ».

Il mettait fin à une certaine contradiction signalée plus haut entre les articles 5 et 17 de l'ancienne constitution de l'empire allemand. On se souvient que cette équivoque avait permis à la doctrine monarchiste de réserver à l'empereur le dernier mot à dire dans la procédure d'élaboration des lois. L'art. 70 de la constitution de 1919 précisait que le président du Reich ne pouvait promulguer et publier que les lois « constitutionnellement parfaites ». Il s'agis-

¹ LABAND B. 40 p. 97 et 105.

² « Es wird durch dieselbe authentisch bekundet, dass die Verordnung formell ordnungsgemäss zustandegekommen ist, und dass sie den in der Urkunde enthaltenen Wortlaut hat. »

³ LÖNING B. 45 p. 239.

sait donc aussi d'actes d'exécution postérieurs à la validité de la loi. Sous le deuxième Reich, la doctrine paraît être unanimement de cet avis. Les principaux auteurs consultés affirment qu'avant de promulguer, le président du Reich était tenu de se convaincre de la constitutionnalité formelle de la loi ¹. Nous n'avons pas trouvé de jurisconsultes qui aient déclaré que, pour être valable, une loi devait être publiée. On ne voit pas d'ailleurs quels arguments ils auraient invoqués, vu la précision de l'art. 70.

B. *Les règlements.*

Le législateur de la République de Weimar n'avait pas soumis les règlements à des conditions de forme différentes de celles des lois. ANSCHÜTZ ² précise que la signature de l'expédition originale par l'autorité compétente attestait la légalité du règlement; la promulgation était donc déjà un acte d'exécution; « a fortiori » en était-il de même de la publication qui lui était postérieure.

III. CONCLUSIONS

En Allemagne, sous l'Empire comme sous la République, la procédure d'élaboration des lois et des règlements s'achevait avant leur publication. Celle-ci était un acte d'exécution — incombant au souverain sous l'Empire, au président du Reich sous la République — dont nous préciserons la signification au moment d'étudier les conditions du caractère obligatoire des lois (p. 99 et s.).

¹ HATSCHECK B. 28 p. 7 et suiv.; ANSCHÜTZ et THOMA B. 2 p. 177; TRIEPEL B. 65 p. 538 et suiv.

² ANSCHÜTZ et THOMA B. 2 p. 252.

*Section II. DROIT FRANÇAIS**I. LES LOIS*

La constitution française de la III^e République, ou plutôt les quelques lois constitutionnelles qui la composaient, étaient très sommaires. Elles se bornaient, en quelques phrases lapidaires, à créer les organes essentiels de l'Etat. L'art. 1^{er} de la « loi constitutionnelle du 25 février 1875 sur l'organisation des pouvoirs publics » déclarait : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des Députés et le Sénat. » On ne pourrait être plus laconique. La « loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics » complète à son article 7 la disposition précitée en attribuant au président de la République la compétence de promulguer les lois. Nous avons dit aux pages 44 et 45 ci-dessus que la promulgation en droit français était un acte différent de la publication, celle-ci n'étant pas mentionnée par le constituant de 1875. Il est donc hors de doute qu'elle était étrangère à la validité de la loi. La discussion porte uniquement sur la question de savoir si la promulgation était un élément de législation ou non. Alors qu'ESMEIN ¹ affirmait : « La loi est bien parfaite et définitive lorsqu'elle a été votée par le pouvoir législatif, mais elle n'est pas exécutoire tant que la promulgation n'a pas eu lieu », DUGUIT ² soutenait que ce dernier acte était le complément indispensable de la loi, en ce sens qu'une loi non promulguée n'était pas une loi. Pour cet auteur, le président de la République était associé à son élaboration. Cette conception rappelle celle de LABAND. CARRÉ DE MALBERG ³ est à l'opposé ;

¹ ESMEIN B. 17 p. 464.

² DUGUIT B. 14 tome 4 p. 624.

³ CARRÉ DE MALBERG B. 13 p. 155.

selon lui, l'adoption par les Chambres ne serait pas seulement la dernière phase d'élaboration, mais elle suffirait à obliger le chef de l'Etat à promulguer. Cette thèse nous paraît sujette à caution, car on a vu que le président de la République promulguait, parce que l'art. 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 lui en faisait une obligation. JÈZE ¹ nous paraît donc être dans le vrai quand il affirme que la promulgation n'est pas un élément de validité mais du caractère obligatoire des lois.

Ce bref exposé de doctrine prouve que l'idée que la publication pourrait être un élément de validité des lois n'a pas effleuré les auteurs français.

II. LES RÈGLEMENTS

La forme des actes de l'exécutif n'est pas réglée en France par le « jus scriptum ». Les conditions posées à leur validité paraissent être remplies dès leur adoption. Dans son paragraphe consacré aux règlements, BARTHÉLEMY ² ne parle pas de la publication. Il y fait par contre allusion au moment de déterminer les éléments de leur caractère obligatoire. Sous la III^e République un règlement non publié était donc valable.

III. CONCLUSION

La III^e République française n'a pas fait de la publication un élément de validité des lois et des règlements.

¹ JÈZE B. 35 p. 385.

² BARTHÉLEMY B. 4 p. 775.

CHAPITRE II

DROIT POSITIF SUISSE

Au moment d'aborder le droit positif suisse, rappelons que dans la Confédération et les cantons, le peuple est appelé à se prononcer (expressément ou tacitement) sur l'adoption ou le rejet des projets de lois élaborés par le parlement. Le referendum, inconnu des droits français et allemand, contraint les pouvoirs publics à renseigner les citoyens actifs sur une loi, avant qu'elle ne soit définitive. Après le vote populaire (ou à expiration du délai référendaire) la Confédération et la majorité des cantons publient à nouveau la loi.

Section Ire. DROIT FÉDÉRAL

I. LES LOIS

La première et la seconde publication des lois n'ont pas le même but. L'insertion dans la F.F. s'adresse essentiellement aux citoyens; elle doit leur permettre, le cas échéant, de demander le referendum. Le R.O. reproduit les lois à expiration du délai référendaire ou après le vote populaire (en cas d'acceptation). Il vise à renseigner l'ensemble de la population; aussi en parlant de publication des lois, est-ce généralement à l'insertion dans cet organe que l'on pense.

A. Publication dans la Feuille fédérale.

Les conditions de validité formelle des lois sont tout entières contenues à l'art. 89 Constitution fédérale. Cette disposition prévoit :

- 1) l'accord des deux Conseils;
- 2) l'adoption par le peuple, lorsque la demande en est faite par 50.000 citoyens actifs ou par huit cantons.

Il n'est pas fait mention de la publication. L'art. 90 Constitution fédérale ajoute, il est vrai : « La législation fédérale déterminera les formes et les délais à observer pour les votations populaires. » Les modalités du referendum sont réglées par la « loi du 17 juin 1874 concernant les votations populaires sur les lois et arrêtés fédéraux ». Ses art. 3 et 4 précisent qu'après son adoption par les Chambres, la loi doit paraître dans la F.F. C'est à dater de cette insertion que le délai référendaire de 90 jours (art. 4 loi de 1874) commence à courir. Est-ce à dire que la loi n'est valable que si elle paraît dans la F.F. ?

On serait tenté de répondre par l'affirmative, car la loi de 1874 règle l'application de l'article 89 de la Constitution. Elle a donc un caractère constitutionnel matériel en ce sens qu'elle tend à organiser les pouvoirs publics, tâche qui par essence est celle du constituant. Le texte constitutionnel pourrait difficilement contenir le détail de l'organisation du referendum; il doit fixer les grandes lignes et s'en remettre à la loi pour tout le reste.

Ces arguments, si séduisants soient-ils, ne sont pas pertinents, car si le caractère organique de la loi de 1874 est indéniable, elle n'en demeure pas moins une loi (formelle), c'est-à-dire un acte valable en vertu d'une norme juridique qui lui est hiérarchiquement supérieure : la Constitution. Or, le contenu d'un acte législatif est impuis-

sant à lui conférer l'essence constitutionnelle. La règle de droit n'a ce caractère que si elle figure dans le texte de la Constitution ou si elle a été adoptée, comme loi constitutionnelle, dans les formes prescrites. Par trois fois, le T.F. s'est clairement exprimé dans ce sens, en refusant de reconnaître le caractère constitutionnel de lois organiques cantonales qui n'avaient pas été édictées selon les formes prévues pour la révision de la Constitution ¹. La loi de 1874 tient sa validité de sa conformité avec l'art. 89 Constitution fédérale et non pas au fait d'avoir été élaborée selon ses propres règles (art. 2 de ses dispositions transitoires). Si elle n'avait pas paru à la F.F. avant d'être soumise au peuple, elle aurait (en respectant les conditions de l'art. 89 Constitution fédérale) quand même été valable, car une loi ne saurait régler les conditions de sa propre validité ². La loi de 1874 n'étant pas d'essence constitutionnelle, ses dispositions sont sans influence sur la validité des autres lois, de sorte que l'argument qu'on pourrait éventuellement tirer de son contenu est sans valeur.

On pourrait dire, d'autre part, que la publication de l'acte législatif après son adoption par les Chambres — même abstraction faite de la loi de 1874 — est une condition « sine qua non » du referendum, puisqu'il ne serait pas concevable de demander aux citoyens leur avis sur un texte qu'ils ignorent. L'art. 89 al. 2 n'aurait un sens que si la loi était publiée.

Cette objection est juste en ce sens que les citoyens doivent en effet connaître le projet sur lequel on sollicite leur opinion. Toutefois cela ne veut pas dire qu'il doive figurer dans la F.F. On peut imaginer des circonstances spéciales, contraignant l'autorité à publier la loi d'une autre façon, par exemple en apposant des affiches, en utilisant

¹ A.T.F. VII. p. 315, XI p. 280 et 29 I p. 497.

² BURCKHARDT B. 7 p. 38 et 39.

les quotidiens d'information ou la radio. Le gouvernement pourrait même renoncer à publier le projet et l'envoyer sous pli à tous les citoyens, comme c'est le cas de plusieurs cantons. L'instruction des électeurs n'en serait pas moins efficace.

Enfin, on fera valoir que le délai référendaire commence à courir dès l'insertion à la F.F.; cette formalité serait donc nécessaire au mécanisme du referendum. Nous répondons que rien n'empêcherait le législateur de fixer, dans un cas particulier, le point de départ du délai référendaire à un autre moment, par exemple le jour de l'adoption de la loi par le parlement (comme c'est le cas à *Zoug*) ou encore d'indiquer une date ultérieure. La manière dont les citoyens sont mis au courant du projet et les formalités du referendum n'intéressent pas le constituant; il lui importe seulement que le peuple puisse faire usage de son droit d'adoption en connaissance de cause et qu'en cas d'aboutissement du referendum, il soit appelé aux urnes. *Tout le reste n'est que détails techniques étrangers à la validité de la loi.*

B. Publication dans le Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération :

La seconde publication des lois présente en droit fédéral plus d'intérêt que la première, car son caractère a prêté à la controverse.

Dans notre introduction (p. 15 et s.) nous avons cité un auteur suisse qui estime qu'une loi n'est valable que si elle a été publiée au R.O. Quels sont les arguments qu'il avance ? ZUMBACH¹ part de l'idée qu'en vertu d'un principe admis d'une manière générale, « l'ordre du législateur » (Befehl des Gesetzgebers) n'oblige que dès sa publica-

¹ ZUMBACH B. 69 p. 474.

tion d'une manière perceptible (wahrnehmbare Weise) : « Vorher ist er nicht Gesetz, sondern nur Wille, und nur dessen dauernde, unzweideutige Festlegung schützt den Bürger vor der Willkür. » Ainsi, tant que la loi n'est pas publiée, elle ne serait que « volonté ».

Avant d'aller plus loin, notons que cet auteur ne paraît pas distinguer entre validité et caractère obligatoire d'un acte législatif. La question de savoir si une loi existe ou si elle oblige sont deux choses différentes (p. 50 à 53). Nous nous bornerons ici à vérifier l'exactitude de l'affirmation de ZUMBACH selon laquelle la publication est un élément de perfection de la loi. Le T.F. dans un arrêt *Lolli* soutient un avis analogue à ZUMBACH¹. Il devait interpréter la disposition finale d'un arrêté fédéral de portée générale non urgent ainsi conçue : « Cet arrêté entre immédiatement en vigueur. » Le T.F. déclara que cette rédaction ne signifiait pas que la loi était entrée en vigueur le jour de son adoption définitive, mais le jour qui suivait celui de sa publication au R.O. : « denn die Annahme des Bundesbeschlusses durch die Eidgenössischen Räte bedeutet nur die gesetzgeberische Willensbildung und erst die Veröffentlichung die gesetzgeberische Willenserklärung. Erst mit dieser ist der Gesetzbefehl nicht nur beschlossen, sondern auch erlassen ». Le T.F. se réfère ensuite à LABAND. ZUMBACH et le T.F. sont donc d'accord pour affirmer que la publication de la loi correspond à la déclaration de volonté du législateur attestant de façon indubitable que « l'ordre de la loi » (Gesetzbefehl) n'est plus du domaine de la pensée, mais qu'il s'est concrétisé. Cette déclaration de volonté serait nécessaire à la validité de la loi.

A page 43 la théorie de cet auteur a été brièvement esquissée. Toute son argumentation tend à faire de l'acte de sanction (approbation) de la loi par le titu-

¹ A.T.F. 61 I p. 416.

laire de la souveraineté (monarque dans les Etats confédérés d'Allemagne, et « Bundesrat » dans l'Empire allemand) le point crucial de la procédure d'élaboration des lois. L'« ordre du législateur » (car LABAND ne concevait pas qu'une loi puisse être impérative sans qu'un organe supérieur aux autres donne un ordre) devait être matérialisé dans une expédition originale dûment signée par le pouvoir compétent. Or, cet acte n'était pas la publication (Verkündigung) mais la promulgation (Ausfertigung), où l'empereur apposait son sceau sur la minute de la loi. Dans leur fidélité à LABAND, Zumbach et le T.F. ont non seulement perdu le droit fédéral de vue, mais ils ont mal interprété la pensée du maître, qui n'avait pas exigé que l'« ordre du législateur » fût exprimé par la publication mais par la promulgation (Ausfertigung). D'autre part LABAND s'appuyait sur un texte constitutionnel (l'art. 17 Constitution de 1871) qui prévoyait expressément la promulgation (bien qu'il soit douteux que le constituant allemand ait voulu faire de cet acte un élément de validité des lois). Or, nous l'avons vu, la Constitution fédérale ne connaît ni promulgation ni publication; le T.F. ne peut donc étayer son argumentation par aucune disposition constitutionnelle ou législative. Notons enfin que les mobiles de LABAND étaient clairs: il voulait assurer à la monarchie une part active dans l'élaboration de la loi et refusait de concevoir l'empereur d'Allemagne comme simple organe d'exécution. Ces mobiles sont cependant étrangers à notre droit positif et à l'esprit qui l'anime. Il en est de même de la notion d'« ordre du législateur » (Gesetzbefehl), qui n'est autre que la « sanction » monarchique des lois et qui n'a rien de commun avec notre droit suisse (voir ce que nous avons dit à ce sujet aux pages 20, 21 et 43. L'autorité de LABAND ne peut donc pas être invoquée en l'espèce.

En revanche, que vaut l'argument (indépendamment de Laband, son auteur), selon lequel la validité d'une loi est subordonnée, par la force des choses, à une déclaration, comme une idée doit être exprimée pour être perceptible par les sens ?

Il est évident que la pensée du législateur doit s'extérioriser pour remplir les conditions posées à l'art. 89 al. 2 Constitution fédérale. Tant que la loi est encore dans le cerveau de nos députés, elle n'est pas perceptible ni au constituant ni au commun des mortels. Mais elle perd ce caractère nuageux lors du vote final de l'Assemblée fédérale, après la rédaction de l'expédition originale signée par les présidents et les secrétaires des deux Chambres. Dès cet instant la loi a une consistance matérielle et le constituant ne lui en demande pas davantage¹. La publication n'est nullement nécessaire à la matérialisation de la pensée du législateur; elle sert à renseigner la population sur un texte qui a déjà trouvé sa forme définitive et qui a été dûment signé par les membres autorisés de l'Assemblée fédérale. On ne voit donc pas ce que l'information de la population pourrait ajouter à la validité d'une loi conforme à la Constitution. La logique ne le demande pas. Les arguments de ZUMBACH et ceux du T.F. dans l'arrêt *Lolli* ne peuvent donc pas être retenus.

Enfin, pourrait-on faire valoir que l'art. 33 de la loi de 1902 prescrit l'insertion des lois au R.O. ? Cette question nous amène au point central du débat : le silence du constituant. Comme nous l'avons dit à page 63, l'art. 89 Constitution fédérale ignore la publication. Il en résulte qu'une loi est valable sans celle-ci, car seul le constituant

¹ A notre avis, cette matérialisation de la loi trouve déjà sa réalisation par une énonciation orale du texte voté par les Chambres. Théoriquement on pourrait concevoir que la loi ne cesserait de rester verbale jusqu'après la votation populaire ou jusqu'à expiration du délai référendaire, les citoyens ayant par exemple été renseignés par radio sur son contenu.

fixe les conditions de perfection des lois (cf. p. 64). Peu importe dès lors de savoir si la loi de 1874 ou celle de 1902 ordonnent ou non que les lois soient publiées après leur adoption définitive. Postérieure au stade d'élaboration, cette formalité est déjà un acte d'exécution. Après son adoption par le peuple ou à expiration du délai référendaire, la loi est valable indépendamment de sa publication et le reste aussi longtemps qu'elle n'a pas été abrogée ou remplacée par une autre loi.

La doctrine suisse a ratifié cette manière de voir, pour des raisons très différentes. Au début de ce siècle, elle se préoccupait fort peu (c'est d'ailleurs encore le cas aujourd'hui) de la signification de la publication. La théorie de LABAND sur la sanction des lois battait son plein, et les auteurs suisses étaient entièrement absorbés par l'idée qu'ils devaient situer dans notre système d'élaboration des lois les actes correspondant à la sanction et à la promulgation. On voulait absolument qu'une autorité (les Chambres ou le peuple) intime l'« ordre du législateur » qui insufflait vie au projet définitif. De cette injonction devait dépendre la validité de la loi. L'ordre se concrétisait dans la promulgation (signature de l'expédition originale par les présidents et secrétaires des deux Conseils). Il est curieux que ces idées, foncièrement antidémocratiques, aient eu une telle influence sur les jurisconsultes de notre pays. Pour certains d'entre eux ¹ le peuple sanctionnait la loi en l'adoptant expressément ou tacitement. D'autres ², au contraire, toujours hantés par l'idée que la sanction était un « ordre du législateur », ne pouvaient admettre qu'il fût donné tacitement (s'il n'y avait pas referendum). A leur avis, seul le vote final des Chambres avait le caractère d'une sanction.

¹ AFFOLTER B. 1 p. 112, BURCKHARDT B. 8 p. 723.

² SCHOLLENBERGER B. 60 p. 247, GUHL B. 25 p. 54 et suiv., FLEINER B. 19 p. 410.

Ils reconnaissaient cependant qu'elle était soumise à une condition résolutive jusqu'à expiration du délai référendaire ou l'acceptation de la loi par le peuple.

Ces avis opposés concordent cependant en ce qu'ils excluent d'emblée la nécessité de publier les lois pour les rendre parfaites. GUHL, notamment, consacre un chapitre de son ouvrage intitulé *Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht*¹ à l'élaboration (Entstehung) des lois et un autre à leur entrée en vigueur (Inkrafttreten). Ce premier chapitre s'achève par la promulgation, que Guhl voit dans la signature de l'expédition originale de la loi par les présidents et secrétaires des Chambres (art. 32 loi de 1902).

Deux auteurs nous paraissent avoir surmonté l'idée monarchique de la sanction, pour retourner à la Constitution fédérale. Ce sont VON WALDKIRCH et GIACOMETTI.

VON WALDKIRCH² est à notre connaissance le premier auteur suisse qui place le problème sur le terrain de notre droit constitutionnel. Après avoir démontré que ni l'Assemblée fédérale ni le peuple n'armaient la loi d'un ordre, il déclare qu'elle naît parfaite et impérative par le seul fait d'avoir été établie conformément à la Constitution. Sa conclusion présente un tel intérêt pour la solution de la question posée, que nous la transcrivons en la traduisant ci-après :

« L'effet de l'adoption (par adoption « *Genehmigung* » l'auteur entend l'acceptation de la loi par le parlement et par le peuple, p. 87) est toujours de modifier l'état juridique antérieur dans le sens du projet adopté. Qu'il s'agisse de la modification de normes existantes, ou de l'élaboration de nouvelles dispositions, l'adoption confère

¹ GUHL B. 25 p. 54.

² VON WALDKIRCH B. 67 p. 89.

au projet force de loi. Le contenu de celui-ci oblige les sujets de droit, auxquels il s'adresse, et peut faire l'objet d'un acte d'exécution. S'il s'agit d'abroger des prescriptions en vigueur sans qu'elles soient remplacées par d'autres, l'adoption a pour conséquence de les priver de leur force de loi. Elles perdent leur caractère obligatoire et ne peuvent plus faire l'objet d'un acte d'exécution.

» La transformation d'un projet en une règle de droit signifie seulement qu'en principe il doit être réalisé mais non pas que cette réalisation doit être immédiate. Le moment où celle-ci devient effective n'est pas précisé, mais uniquement le moment à partir duquel elle peut avoir lieu. La fixation de la date d'application des règles de droit n'appartient plus au domaine de la législation, mais à celui de l'exécution. Par l'adoption la procédure législative a pris fin.

» La question de savoir comment le décret pourra trouver une exécution ne doit donc pas être traitée ici.

» Parmi les mesures qui sont prises après l'adoption, citons notamment la promulgation et la publication, pour autant que le droit positif les connaisse.¹ »

¹ « Die Genehmigung hat in allen Fällen die Rechtswirkung, dass der bisherige Rechtszustand im Sinne des genehmigten Entwurfes verändert wird. Handelt es sich um die Abänderung von bestehenden oder die Aufstellung von neuen Rechtssätzen, so wird der Entwurf durch die Genehmigung mit Rechtskraft ausgestattet. Sein Inhalt wird für die Rechtsgenossen, an die er sich richtet, verbindlich und kann vollzogen werden. Handelt es sich um die Aufhebung bestehender Rechtssätze, ohne dass neue an ihre Stelle gesetzt werden, so werden die bisherigen Rechtssätze durch die Genehmigung ihrer Rechtskraft entkleidet. Sie werden unverbindlich und können nicht mehr vollzogen werden. — Damit, dass der Inhalt eines Entwurfes zu Rechtssätzen erhoben wird, ist nur gesagt, dass er grundsätzlich verwirklicht werden soll, nicht aber, dass er sofort verwirklicht werden muss. Es ist nicht bestimmt, auf welchen Zeitpunkt hin die Verwirklichung eintritt, sondern nur, dass und von welchem Zeitpunkt an sie eintreten kann. Es ist nicht mehr Sache der Rechtssetzung, sondern des Vollzuges, anzuordnen, von welchem Zeitpunkte an die Rechtssätze angewendet werden sollen. Mit der Genehmigung ist das Rechtssetzungsverfahren abgeschlossen. Die Frage, was mit einem Erlass nach seiner Genehmigung zu geschehen hat, damit er vollzogen wird, ist demnach hier nicht zu behandeln. — Zu den Massnahmen, welche nach der Genehmigung

Plus récemment, GIACOMETTI ¹ s'est exprimé dans le même sens : « La fixation du moment à compter duquel les règles de droit peuvent être appliquées, n'est plus fonction de la législation, mais de l'exécution. Promulgation et publication sont donc juridiquement des phases non essentielles de la procédure législative démocratique; en revanche, elles peuvent influencer l'entrée en vigueur des règles de droit. ² »

Ces avis établissent on ne peut plus clairement que la publication n'est pas un élément de validité des lois, mais un acte d'exécution de celles-ci.

II. LES RÈGLEMENTS

La Constitution fédérale ne s'est pas prononcée davantage sur la publication des règlements que sur celle des lois. Il ne s'ensuit pas que la situation soit la même. Les règlements étant hiérarchiquement inférieurs aux lois doivent s'y conformer aussi bien pour le fond que pour la forme. Il ne serait donc pas exclu que le législateur ait exigé qu'un règlement soit publié pour être valable. Est-ce le cas en droit fédéral ?

La publication des règlements de l'Assemblée fédérale (arrêtés fédéraux de portée générale urgents et arrêtés simples) est régie par les lois de 1874 et de 1902.

L'art. 2 de la première en date a la teneur suivante :

« La décision constatant qu'un arrêté fédéral n'a pas

getroffen werden, gehören insbesondere die Ausfertigung und Verkündigung, soweit das positive Recht sie kennt. »

¹ GIACOMETTI B. 24 p. 439.

² « Die Bestimmung des Zeitpunktes, von dem an die Rechtssätze zur Anwendung kommen sollen, und damit auch die amtliche Publikation der Erlasse, erscheinen aber nicht mehr als Funktion der Rechtssetzung, sondern der Vollziehung. Promulgation und Publikation sind also rechtlich unwesentliche Bestandteile der demokratischen Rechtssetzung; sie können hingegen juristische Bedeutung für die Inkraftsetzung der Rechtssätze besitzen. »

de portée générale ou revêt un caractère d'urgence est du ressort de l'Assemblée fédérale, et elle doit être chaque fois formellement annexée à l'arrêté lui-même. »

« Dans ce cas, le Conseil fédéral ordonne l'exécution de ce dernier et son insertion au Recueil officiel des lois de la Confédération. »

L'art. 33 al. 1^{er} de la seconde est ainsi conçu :

« Toutes les lois, les arrêtés et ordonnances d'une importance générale ainsi que les traités avec les Etats étrangers, après l'échange des ratifications, seront publiés dans le Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse. »

En précisant que le C.F. ordonne l'exécution et l'insertion des règlements au R.O., le législateur de 1874 laisse entendre que la publication est la première mesure d'exécution à laquelle le gouvernement doit procéder. S'il avait voulu faire de la publication une condition de validité, il ne l'aurait pas placée dans cet ordre, c'est-à-dire après l'exécution.

L'art. 33 de la loi de 1902 est moins explicite. On peut admettre qu'étant plus récent que l'art. 2 de la loi de 1874, il aurait été rédigé différemment, s'il avait entendu modifier sur ce point l'ordre établi par ce dernier et subordonner la perfection du règlement à son insertion au R.O. Cet argument ne vaut cependant pas pour les règlements du C.F. qui sont entièrement régis par l'art. 33 de la loi de 1902. Il convient donc de s'y arrêter.

Dans quel but cette disposition ordonne-t-elle l'insertion des règlements au R.O. ?

Nous extrayons du message du C.F. à l'Assemblée fédérale du 30 mars 1899 ¹ ce passage : « Une loi, comme

¹ F.F. 1899 II p. 653 et suiv.

on sait, ne devient obligatoire pour tous, n'entre effectivement en vigueur qu'après avoir été promulguée dans les formes établies. Cette promulgation s'effectue en règle générale par la publication de la loi et de la clause d'exécution dans la feuille officielle de l'Etat intéressé. » Le C.F. assimile ici promulgation à publication (ce fait a déjà été signalé à page 46 ci-dessus). Ceci n'a d'ailleurs pas d'importance, car ce passage révèle l'intention du législateur de faire de la publication non pas un élément de validité, mais du caractère obligatoire (*Wirksamkeit*) des lois et règlements.

En 1936 le T.F. a rendu un arrêt ¹, qui ne se rapporte pas directement à l'objet de notre étude, mais qui revêt quand même un certain intérêt : Par circulaire du 19 novembre 1935, adressée aux gouvernements cantonaux, le Département fédéral de justice et police avait interdit de transporter des personnes dans des side-cars aménagés pour voiturier des marchandises. Un nommé *Gilardi*, ignorant cette circulaire, avait pris un passager. Il fut déféré aux tribunaux qui l'acquittèrent en application du principe « *nulla poena sine lege* ». Sur recours du procureur général, la Cour de cassation fédérale confirma le jugement de première instance, pour les motifs que voici : elle admit que le Département fédéral de justice et police n'était pas autorisé à édicter des règles à ce sujet, sans une délégation de compétence. D'autre part, « les circulaires des Départements sont rédigées simplement sous forme de communication aux autorités cantonales, et pour avoir force de loi, il leur manque d'avoir été régulièrement publiées. »

Le T.F. ne dit pas ce qu'il entend par force de loi ; est-ce la validité (force de loi formelle) ou le caractère obligatoire (force de loi matérielle) ? C'est vraisemblablement à cette dernière qu'il pense ; mais même s'il avait la

¹ A.T.F. 64 I p. 67.

validité en vue, on devrait admettre que la publication au R.O. ne pourrait transformer une circulaire adressée aux cantons en un règlement valable. Publiée ou non, les particuliers n'avaient pas à s'y conformer.

Si nous passons maintenant à la doctrine, nous constatons qu'elle n'est guère explicite. RUCK¹ ignore le problème et FLEINER² déclare : « Die Rechtsverordnungen müssen ferner in derselben Form amtlich verkündigt werden wie das Gesetz. » Comme pour cet auteur la publication des lois n'est pas une condition de validité; la même conclusion s'impose pour les règlements. Notons enfin l'opinion du prof. BURCKHARDT dans sa *consultation du 28 décembre 1938 relative à l'affaire Moulins Rod S. A. contre département fédéral de l'économie publique* : « Die Verkündung ist nun sicher keine Bedingung der Perfektion des gesetzgeberischen Beschlusses; wenigstens nicht die nachträgliche Veröffentlichung in der Gesetzessammlung. » C'est avis est d'autant plus intéressant, qu'il a trait à un arrêté du C.F. qui n'avait pas été publié au R.O., malgré l'art. 33 de la loi de 1902.

Pour notre part, nous ne voyons aucun indice permettant de conclure que l'art. 33 de la loi de 1902 a voulu faire dépendre la validité d'un règlement de sa publication au R.O.; que ces actes sont valables sans insertion au R.O. paraît d'autant plus vraisemblable que seuls les règlements d'une certaine importance (voir page 152) doivent y figurer. Si la validité d'un règlement était subordonnée à une « déclaration de volonté » du pouvoir compétent, les décrets de moindre importance nécessiteraient aussi pareille déclaration pour être parfaits.

¹ RUCK B. 55.

² FLEINER B. 19 p. 414.

III. CONCLUSIONS

En droit fédéral, la publication des lois avant et après leur adoption définitive, ainsi que celle des règlements n'est pas une condition de leur validité.

Section II. DROIT CANTONAL

Les normes sur la publication des lois et règlements présentent en droit cantonal, au moins à première vue, une grande diversité. Pour faciliter la compréhension des développements qui suivent, nous traiterons séparément les lois et les règlements.

I. LES LOIS

Une première distinction s'impose selon la hiérarchie des prescriptions régissant la publication des lois. Dans certains cantons, une disposition constitutionnelle règle la question alors que dans d'autres, elle l'est en vertu d'une loi, d'un règlement ou même d'un usage. Le constituant qui ordonne la publication des lois peut faire de cet acte une condition de validité (ce n'est d'ailleurs pas forcément le cas), mais s'il ne la mentionne pas du tout, elle n'est certes pas un élément de perfection (voir p. 63 et 64). Il est donc superflu de s'y arrêter :

La constitution des cantons suivants ignore la publication des lois : Schwyz, Nidwald, Zoug, Soleure, Bâle-Campagne, Appenzell R.E., St-Gall, Grisons, Argovie, Tessin, Vaud, Valais et Neuchâtel. Les constitutions des autres cantons la mentionnent d'une manière ou de l'autre. Il convient dès lors de rechercher si elles en ont fait un élément de validité.

Nous avons réparti ces cantons en quatre groupes, selon que leur Constitution ordonne de publier les lois :

1. D'une manière générale;
2. Avant leur adoption définitive;
3. Après leur adoption définitive;
4. Avant et après leur adoption définitive.

A. *Les constitutions des cantons de Berne, Uri, Fribourg et Appenzell R.I. posent en principe que les lois doivent être publiées.* Elles ne précisent pas la signification de cette formalité.

1. *Berne.* L'art. 17 al. 2 de la Constitution bernoise a la teneur suivante : « Les lois, les décrets, les ordonnances et les arrêtés d'un intérêt général doivent être publiés. Ils le seront en français et en allemand dans la partie française du canton. Le texte original est le texte allemand. »

Cette disposition ne dit pas si la loi doit être publiée avant ou après son adoption par le peuple. La seconde éventualité paraît devoir s'imposer, puisque la Constitution met sur le même pied, lois, décrets, ordonnances et arrêtés, et que les derniers cités ne sont jamais publiés avant d'être définitifs. On pourrait faire valoir aussi que, ne figurant pas dans le titre II consacré au referendum, l'article 17 n'est pas destiné à en régler les modalités. En pratique d'ailleurs, le canton de Berne ne publie pas le projet avant le vote populaire; il l'envoie sous pli aux électeurs.

Cet art. 17 a-t-il voulu faire de la publication des lois après leur adoption par le peuple une condition de validité ? Nous ne le pensons pas, car il a pour but principal de décréter le français et l'allemand langues officielles. Ce n'est qu'au second alinéa qu'il cite la publication des lois, pour préciser qu'elle doit avoir lieu dans les deux langues, le texte allemand étant l'original. Le troisième alinéa du même article mentionne encore les jugements et lettres des autorités supérieures, qui doivent aussi être rédigés en

français dans la partie romande du canton. Ceci nous confirme dans l'idée qu'à l'art. 17 le constituant a voulu régler uniquement l'usage des deux langues nationales et non pas intervenir dans la procédure d'élaboration des lois (qui fait l'objet des art. 6 et 26). On peut en conclure qu'à Berne leur publication n'est pas une condition de validité.

2. *Uri*. L'art. 62 de la Constitution énumère les attributions du Conseil d'Etat en ces termes :

« Die Befugnisse des Regierungsrates sind :

» a) die Bekanntmachung und Vollziehung der Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse... »

Ici on peut se demander si le constituant fait allusion à la première ou à la seconde publication des lois, car l'une et l'autre sont de la compétence du Conseil d'Etat. Pourtant, le fait de citer simultanément les ordonnances et arrêtés qui ne sont publiés qu'une fois définitifs, indique que c'est à la publication de la loi adoptée par le peuple que le constituant a songé. Est-elle nécessaire à la validité des lois ? C'est invraisemblable, car l'art. 62 figure dans le paragraphe réservé au Conseil d'Etat, autorité exécutive par excellence, et même de second degré puisque dans ce canton c'est le Landrat (Grand Conseil) qui édicte les règlements d'exécution (Constitution art. 59 lit. e). Ce serait aller un peu loin que de faire du gouvernement uranais un facteur de législation; d'autant plus que l'art. 14 proclame le principe de la séparation des pouvoirs. En outre, l'art. 62 parle dans la même phrase de publication et d'exécution des lois, ce qui sous-entend que les actes législatifs ne sont publiés qu'une fois parfaits. Cela explique aussi pourquoi le pouvoir exécutif en est chargé.

De même qu'à Berne, une loi uranaise non publiée n'est pas nulle, mais inconstitutionnelle (voir cette distinction à p. 89 et s.).

3. *Fribourg*. C'est à l'art. 21 que la Constitution fribourgeoise traite de la publication.

« Les lois, décrets et arrêtés devront être publiés dans les langues française et allemande. Le texte français est déclaré être le texte original. »

Les lois doivent-elles être publiées avant ou après la votation populaire (ou à expiration du délai référendaire) ? Avant de répondre, rappelons que l'art. 21 figurait dans la Constitution dès le début, c'est-à-dire dès 1857, alors que l'art. 28 bis introduisant le referendum facultatif à Fribourg ne fut voté par le peuple que le 30 janvier 1921 (F.F. 1921 II 285; R.O. 37 p. 536). La publication prévue à l'art. 21 s'appliquait donc à l'origine aux lois adoptées par le Grand Conseil, c'est-à-dire à un moment où elles étaient définitives. Depuis 1921 les lois continuent à être publiées après le vote du Grand Conseil, bien qu'elles doivent encore subir l'épreuve du referendum. Après celle-ci seul l'arrêté de promulgation paraît dans la F.O. La publication a donc changé de caractère en 1921. Cette pratique se concilie-t-elle avec l'art. 21 ? Nous le pensons, car le texte étant le même avant et après le vote du peuple, on conviendra que le moment auquel les citoyens en ont connaissance importe peu au constituant, pourvu qu'il précède l'entrée en vigueur.

Reste à savoir si cette publication est une condition de validité de la loi. Dans l'arrêt *Chalton* ¹ le T.F. cite l'art. 21 de la Constitution et ajoute : « Cette formalité exigée par ledit article est également prévue, sauf ce qui a trait à la publication en deux langues, dans d'autres constitutions cantonales et on est autorisé à conclure que la validité d'une loi est subordonnée à l'accomplissement préalable de cette condition. »

Relevons tout d'abord la pauvreté des motifs. On ne

¹ A.T.F. 23 T 108.

voit pas, en effet, quelle influence les constitutions d'autres cantons pourraient avoir sur l'interprétation de l'art. 21 de la Constitution fribourgeoise. La présente étude prouve au contraire que suivant l'attitude d'un constituant, la publication des lois peut avoir une signification très différente. Nous regrettons donc et pour d'autres raisons encore de ne pouvoir nous rallier à l'avis de notre cour suprême :

L'art. 21 a sa place sous le titre réservé aux « principes et garanties individuelles ». Il y est sur un pied d'égalité avec la liberté des cultes (art. 2), la liberté de la presse (art. 10), etc. En revanche, les conditions de validité des lois sont énumérées aux titres 4 et 5 visant l'« état politique des citoyens » et « les pouvoirs constitutionnels ». A Fribourg, l'obligation de publier les lois a le caractère d'une garantie individuelle contre l'arbitraire du pouvoir. On veut que, conformément au principe « nulla poena sine lege », la loi soit connue avant d'être appliquée. Si elle n'est pas publiée, elle est valable, mais inconstitutionnelle. L'inconstitutionnalité et l'invalidité peuvent avoir des effets différents; aussi est-il nécessaire de distinguer ces deux notions. Nous y reviendrons en détail à p. 89.

4. *Appenzell R.I.* L'art. 11 de la Constitution énonce :

« Alle Gesetze und Verordnungen, sowie auch amtlichen Beschlussnahmen, welche von allgemeinem Interesse sind, werden in angemessener Weise veröffentlicht. »

Cette norme figure sous le titre « Dispositions générales » (Allgemeine Bestimmungen) réservées aux garanties individuelles des citoyens. En revanche ce sont les articles 19 et suivants, repris sous le titre « Pouvoir législatif » (gesetzgebende Behörde), qui fixent les conditions de validité des lois. Nous nous référons donc aux arguments invoqués ci-dessus concernant l'art. 21 de la Constitution de Fribourg. Dans le canton d'Appenzell pas plus qu'à

Fribourg, la publication n'est une condition de validité des lois. Faute d'être publié l'acte législatif serait inconstitutionnel. L'information qui résulte de la *Landsgemeinde* est la seule que connaisse Appenzell R.I.

B. A *Lucerne, Obwald, Glaris, Bâle-Ville et Genève* la Constitution prescrit la publication des lois avant leur adoption expresse ou tacite par le peuple ou (ce qui revient au même) après le vote final du Grand Conseil.

Cette mesure est-elle une condition de perfection en ce sens que les lois non publiées sont nulles ?

Les cantons de *Lucerne, Bâle-Ville et Genève* ont institué le referendum facultatif en matière législative. Or pour que les électeurs puissent le demander, ils doivent connaître le projet. Ce dernier doit donc être publié.

Le § 39 de la Constitution *lucernoise* ordonne qu'une consultation populaire ait lieu si, dans les quarante jours dès la publication (*Bekanntmachung*), 4000 citoyens actifs le demandent.

A *Bâle-Ville*, le § 29 de la Constitution déclare que les lois entrent en vigueur dans les six semaines à compter du jour de leur publication (*Veröffentlichung*), si le vote populaire n'est pas demandé par mille citoyens au moins.

Enfin, l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle *genevoise* du 26 avril 1879 sur le referendum facultatif cantonal précise que 3500 électeurs peuvent demander la sanction des lois par le peuple « dans le cours des trente jours qui suivent celui de la publication de ces lois et arrêtés ».

Ces trois dispositions sont claires : un projet de loi doit être publié après son adoption par le parlement. Cette mesure est une des phases de la procédure d'élaboration à laquelle il n'est pas possible de déroger sans compromettre la validité du décret. En cas de dérogation à cet ordre du

constituant, il ne serait pas seulement inconstitutionnel, mais nul. En revanche, le mode d'information importe peu; il est laissé à la libre appréciation du législateur ou, si celui-ci renonce à légiférer en la matière, du gouvernement. En règle générale, le texte est inséré dans la F.O. Son envoi sous pli aux citoyens actifs serait-il suffisant? Pratiquement ce moyen est plus efficace que l'insertion dans l'organe officiel. Mais est-il un acte de publication? Pas au sens où nous l'avons défini à page 31, car l'envoi direct élimine l'élément d'anonymité qui lui est nécessaire. Seuls les électeurs sont atteints, à l'exclusion de toute autre personne; théoriquement du moins, la majorité de la population reste dans l'ignorance du texte ainsi communiqué. La question n'a pas seulement un intérêt théorique, mais aussi pratique à *Lucerne* et à *Bâle-Ville*, car les lois n'y sont pas publiées « in extenso » à l'expiration du délai référendaire ou après la votation populaire; seul l'arrêté de promulgation figure à la F.O. Le texte lui-même est repris au R.d.L. qui paraît une fois par année à *Lucerne* et environ tous les deux ans à *Bâle-Ville*. Si dans un de ces deux cantons la loi était envoyée sous pli aux citoyens, on pourrait se demander si la Constitution serait observée. Cependant, il est possible que dans un cas particulier ces cantons interpréteraient la notion de publication plus largement que nous ne le faisons.

A *Obwald* et *Glaris* les lois sont adoptées par la *Lands-gemeinde*. Pour permettre aux participants à cette assemblée de se prononcer en connaissance de cause sur les projets qui leur sont présentés, la Constitution de ces cantons ordonne la publication desdits projets avant la *Lands-gemeinde*.

L'art. 27 de la Constitution d'*Obwald* a la teneur ci-après :

« Die Verhandlungsgegenstände der Landsgemeinde

sind jeweilen spätestens 14 Tage vor deren Abhaltung im Amtsblatt zu veröffentlichen. »

Que faut-il entendre par « Verhandlungsgegenstände » ? est-ce uniquement l'ordre du jour de la Landsgemeinde ou encore le texte des propositions du Grand Conseil ? Selon un usage fort ancien, l'ordre du jour comprend les projets de lois et d'ordonnances sur lesquels la Landsgemeinde doit voter. Indirectement, l'art. 27 prescrit donc la publication des projets eux-mêmes.

A Glaris, la Constitution dit à l'art. 33 :

« Die Grundlage für die Verhandlungen der Landsgemeinde bildet das vom Landrate entworfene Memorial. » L'art. 47 complète cette disposition, en précisant que ce mémorial reproduit les projets de lois et d'arrêtés, qui doivent être diffusés en un nombre convenable d'exemplaires (« ... in angemessener Anzahl von Exemplaren gedruckt zu verbreiten »). Le mot « verbreiten » n'est pas très explicite; il sous-entend une distribution générale et impersonnelle, ce qui le caractérise comme acte de publication.

Nous en déduisons que dans les cantons d'Obwald et de Glaris, la validité des lois est subordonnée à leur publication.

C. Les constitutions des cantons de Schaffhouse et de Thurgovie prescrivent la publication des lois après leur adoption par le peuple.

Dans ces deux cantons, le referendum est obligatoire. Après le vote final du Grand Conseil, les lois sont envoyées à chaque électeur. Thurgovie publie en outre le projet dans sa F.O. Après la consultation populaire, les lois schaffhousoises sont reprises dans l'« Amtsblatt », alors que Thurgovie n'y insère que l'arrêté de promulgation.

L'art. 66 de la Constitution schaffhousoise déclare :

« Insbesondere kommt dem Regierungsrat die Veröffentlichung der in Kraft erwachsenen Gesetze, Dekrete und Beschlüsse zu. »

En Thurgovie le § 39 al. 1 ch. 2 précise :

« Er (Der Regierungsrat) veröffentlicht rechtzeitig die in Kraft erwachsenen Gesetze und Beschlüsse und sorgt für die Vollziehung derselben sowie der strafrechtlichen Urteile. »

Ces deux dispositions prescrivent en toutes lettres la publication des lois « en vigueur », ce qui paraît sous-entendre que celles-ci sont valables avant d'être publiées; en effet une loi nulle ne saurait entrer en vigueur. On peut se demander toutefois si le mot « Inkrafttreten » ne désigne pas ici la validité de la loi plutôt que le caractère obligatoire. Au titre III nous reprendrons l'examen de cette question. Ici, nous pouvons la laisser ouverte, car quel que soit le sens du mot « Inkrafttreten », le résultat ne change pas : La publication est une phase postérieure à la perfection de la loi.

Dans l'arrêt *Ensslin*, le T.F. déclare que sans savoir exactement ce que le constituant a voulu dire par publication des lois (s'agit-il de la reproduction du texte lui-même ou du résultat du vote populaire ?), « so erhellt doch aus der angeführten Verfassungsnorm mit aller Deutlichkeit, dass die Veröffentlichung nach thurgauischem Staatsrecht keine Voraussetzung für das Zustandekommen eines Gesetzes ist, da ja der Regierungsrat die bereits in Kraft erwachsenen Gesetze zu veröffentlichen hat », et plus loin : « Ist aber die Publikation kein Erfordernis der formellen Rechtskraft eines Gesetzes, so muss diese notwendigerweise schon mit dessen Annahme in der Volksabstimmung eintreten. » Le T.F. se livre alors à une digression sur la différence existant entre la validité qui engendre la force de loi formelle et le caractère obligatoire

qui entraîne la force de loi matérielle. Il est bizarre qu'après avoir distingué ces deux notions avec une telle clarté, il ait pu quelques années plus tard rendre l'arrêt *Lolli* (voir p. 142), où il les confond de nouveau complètement (voir aussi ci-dessus p. 66). Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Ensslin* confirme que les lois thurgoviennes sont valables sans publication. Nous reviendrons à cet arrêt au titre III.

Nous avons dit plus haut qu'après le vote populaire le canton de Thurgovie ne publiait plus le texte de loi, mais seulement l'arrêté de promulgation du Conseil d'Etat. Cette façon de procéder est-elle compatible avec le § 39 al. 1^{er} de la Constitution ? Dans l'arrêt *Ensslin*, le T.F. pose la question sans y répondre. On peut soutenir que la loi ayant été publiée dans la F.O. avant son adoption par le peuple, une nouvelle insertion dans le même organe est superflue. Il suffit d'y faire paraître l'arrêté de promulgation ? Nous partageons cette manière de voir, car l'arrêté de promulgation renvoie le lecteur au texte intégral reproduit quelques semaines auparavant dans le même organe. Il ne paraît pas d'ailleurs que la constitutionnalité d'une loi thurgovienne ait jamais été attaquée pour cause de publication insuffisante et même si c'était le cas et que les recourants obtiennent gain de cause, la loi n'en serait pas moins valable, puisque cette qualité lui est acquise sans publication quelconque.

D. Dans le canton de Zurich, la constitution ordonne la publication des lois avant et après leur adoption par le peuple.

A Zurich les lois sont soumises au referendum obligatoire. La Constitution dispose à l'art. 30 :

« Alle zur Volksabstimmung gelangenden Vorlagen sind spätestens 30 Tage vor derselben zu veröffentlichen und den Stimmberechtigten einzuhändigen. »

Cette disposition figure sous le titre III intitulé « Gesetzgebung und Volksvertretung », qui énumère les conditions de validité des lois. La publication en est une et le législateur ne saurait l'éluder sans invalider son œuvre. Il n'est pas autorisé non plus à envoyer seulement le texte aux électeurs, puisque l'article 30 précise qu'en plus de l'envoi individuel, un acte de publication proprement dit doit avoir lieu. En revanche, le mode employé à cet effet est au choix de l'autorité compétente. Il doit toutefois réunir les éléments nécessaires pour qu'on puisse le caractériser comme acte de publication (p. 31). Si le gouvernement procédait une fois par apposition d'affiches, puis par publication dans les journaux, et encore une autre fois par insertion dans la F.O., il créerait un état d'insécurité parmi les électeurs, mais n'invaliderait pas la loi pour autant. En résumé, le droit constitutionnel zurichois exige que, pour être valables, les lois soient publiées avant le vote populaire.

Après celui-ci c'est l'art. 40 ch. 2 de la Constitution, qui est applicable. Il enjoint au Conseil d'Etat :

« die rechtzeitige Veröffentlichung der Vorlagen für die Volksabstimmung, und der in Kraft getretenen gesetzgeberischen Akte, sowie die Sorge für die Vollziehung. »

Cet article rappelle beaucoup les dispositions analogues des constitutions schaffhousoise et thurgovienne, car il prescrit aussi la publication des lois « en vigueur ». Quelle que soit la signification du mot « Inkrafttreten » (cf. p. 200 et 5), cet acte postérieur au vote populaire n'est pas une condition de validité des lois. A noter qu'à Zurich (de même qu'en Thurgovie) seul l'arrêté de promulgation est inséré dans la F.O. après l'acceptation de la loi par les électeurs.

II. LES RÈGLEMENTS

Dans les cantons de *Zurich*, *Berne*, *Uri*, *Fribourg*, *Schaffhouse*, *Appenzell R.I.* et *Thurgovie*, les dispositions constitutionnelles examinées ci-dessus s'appliquent aussi aux règlements. Nous avons vu qu'elles ne subordonnaient pas la validité des lois à leur publication. La même conclusion s'impose donc pour les règlements puisque au point de vue de la publication, le constituant les traite comme les lois. Aucun canton n'a consacré un article constitutionnel à la publication des seuls règlements.

En revanche, la législation peut soumettre la validité des règlements à des conditions que le constituant n'a pas imposées à la loi. Il se pourrait donc fort bien qu'une loi cantonale soit valable sans publication, alors que cette formalité serait nécessaire à la perfection des règlements.

Des cantons suisses, sept ne possèdent aucune disposition légale ou réglementaire sur la publication des règlements. Ce sont : *Soleure*, *Bâle-Campagne*, *Schaffhouse*, *Appenzell R.I.*, *Valais*, *Neuchâtel* et *Genève*. Ce défaut de réglementation prouve que la publication n'y est pas une condition de validité.

Les dix-huit autres cantons publient les règlements conformément à une loi, à un décret ou à un arrêté. Ces prescriptions ne sont d'ailleurs pas toutes de même essence.

A *Berne* et aux *Grisons* seul un arrêté du Conseil d'Etat (Regierungsrat, Kleiner Rat) prescrit la publication des arrêtés et ordonnances. Il est évident qu'il ne peut dire à quelles conditions les règlements du Grand Conseil ou même du gouvernement sont valables, puisqu'il ne leur est pas hiérarchiquement supérieur.

Dans les seize autres cantons, la publication des règlements est régie par des lois ou par des arrêtés du Grand

Conseil concernant généralement la F.O. Ils ont pour mission de donner une base légale à l'organe officiel et de désigner les actes qui doivent y trouver place. Aucun indice ne laisse supposer que ces édits ont entendu subordonner la validité des règlements à un acte d'information quelconque. Dans les cantons de *Lucerne*, *Fribourg*, *Bâle-Ville*, *St-Gall* et *Vaud*, des lois spéciales traitent du problème. A Lucerne, le § 1^{er} de la loi sur les publications officielles du 30 mai 1883 dispose que la F.O. est « das regelmässige offizielle Mittel zur verbindlichen Bekanntmachung derjenigen Erlasse der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Behörden und Beamten, welche zur allgemeinen Kenntnis zu bringen sind ». Ainsi les décrets doivent paraître dans la F.O., non pas pour être valables, mais pour obliger. N'y sont insérés que les règlements parfaits, de sorte qu'à cet égard l'organe officiel ne leur ajoute rien.

Une conclusion analogue se dégage des art. 2 et 3 de la « loi fribourgeoise du 22 novembre 1911 concernant l'application du code civil suisse », des art. 1 et 4 de la « loi saint-galloise du 20 mai 1884 sur les publications officielles » et des art. 1^{er} et 4 de la « loi vaudoise du 28 novembre 1922 sur la promulgation des lois, décrets et arrêtés ».

Seule la loi du 9 avril 1908 sur l'organisation du Conseil d'Etat de *Bâle-Ville* peut prêter à controverse. Son § 20 dispose :

« Verordnungen und wichtigere allgemein verbindliche Beschlüsse des Regierungsrates, sowie die von diesem getroffenen Wahlen, sind im Kantonsblatt zu veröffentlichen. Sie sind im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt zu erlassen und vom Präsidenten und vom Sekretär zu unterzeichnen. »

La signature du président et du secrétaire du Conseil d'Etat au bas de l'expédition originale des règlements

bâlois est, à n'en pas douter, une condition formelle de validité de ceux-ci. Quid de leur publication ? Chose curieuse, cet article cite d'abord la publication et ensuite la forme et la signature, alors que si le règlement devait être publié pour être valable, il aurait été logique de mentionner en premier lieu la confection du texte original. D'autre part, le § 26 du règlement du Grand Conseil du 28 avril 1938, qui fait pendant au § 20 précité, traite aussi en même temps des formes et de la publication des lois et arrêtés. Nous ne croyons pas que ces articles auraient été rédigés ainsi, s'ils avaient voulu que les arrêtés du Grand Conseil et ceux du Conseil d'Etat soient publiés pour être valables.

III. CONCLUSIONS

Arrivés au terme de l'étude du droit cantonal, nous concluons :

Dans les cantons de Zurich, Lucerne, Obwald, Glaris, Bâle-Ville et Genève la publication des lois avant, soit la consultation populaire, soit l'expiration du délai référendaire, est une condition de leur validité.

En revanche, aucun canton n'exige que, pour être valables, les lois soient publiées après leur adoption définitive par le peuple ou à l'expiration du délai référendaire.

Dans tous les cantons, les règlements sont valables avant d'être publiés.

Section III : CONSÉQUENCES DE LA NON-PUBLICATION DES LOIS, LA OU ELLE EST UNE CONDITION DE VALIDITÉ

Les conclusions de notre étude de droit cantonal appellent quelques explications, car on pourrait nous objecter à juste titre que si la distinction entre l'« incons-

titutionnalité » d'une loi et son « invalidité » n'a qu'un intérêt théorique, elle ne se justifie pas. L'inconstitutionnalité, qui résulte du défaut de publication des lois dans les cantons de *Berne, Uri, Fribourg, Schaffhouse, Appenzell R.I. et Thurgovie*, et l'invalidité qu'il provoque à *Zurich, Lucerne, Obwald, Glaris, Bâle-Ville* et *Genève*, ont-elles vraiment des effets différents ?

Nous allons tenter de l'établir.

Au titre I^{er}, chap. 3, p. 50 et s., nous avons dit qu'une norme attributive de compétence pouvait avoir trois faces : le sujet et l'objet de la compétence et en outre des exigences de forme.

Les lois, comme on sait, sont régies par la Constitution. Or, celle-ci n'indique pas seulement qui rend les lois et sur quel objet elles porteront, mais aussi quelle procédure le législateur doit suivre. C'est cette dernière face qui nous intéresse en l'espèce :

La Constitution contient en effet des règles de caractère différent. En prescrivant que la Confédération légifèrera en matière de droit pénal, le constituant fixe l'objet de la compétence. Dans d'autres domaines, le constituant établit moult règles, visant la liberté de croyance, le droit d'association etc., que le législateur doit observer. Il n'est cependant pas obligé de le faire. Il pourrait aussi garder le silence et s'en remettre au législateur comme c'était le cas des lois constitutionnelles françaises de 1875. Il n'est par exemple pas absolument nécessaire que la liberté de presse soit garantie par la Constitution. Si elle n'y figurait pas, l'ordre juridique ne s'en trouverait pas ébranlé. La Constitution pourrait même renoncer à établir un gouvernement, un pouvoir judiciaire et laisser à la loi le soin de les organiser. Il est cependant une chose qu'une constitution doit contenir, pour être la norme constitutive de l'Etat : *ce sont les règles qui organisent le pouvoir législatif.*

Une constitution qui ne ferait que régler la procédure d'élaboration des lois et désigner l'organe compétent pour légiférer serait suffisante, car elle contiendrait l'essentiel. Le législateur créé, tout le reste peut être réglé par lui : l'exécutif, le pouvoir judiciaire, les garanties individuelles etc., avec cette différence, il est vrai, que ces créations et garanties seraient à la merci d'assemblées aux opinions changeantes (voir BURCKHARDT : « Organisation der Rechtsgemeinschaft », 2. Auflage, p. 203). C'est pourquoi il est coutume d'intégrer dans la Constitution les grands principes qui caractérisent l'Etat et lui donnent sa raison d'être. La doctrine parle de droit constitutionnel « matériel » pour désigner les normes organisant le législateur, et de droit constitutionnel « formel » pour indiquer toutes les autres règles que contient une constitution déterminée¹. Dans la Constitution fédérale, par exemple, seuls les art. 71, 72, 80 et 89 sont matériellement constitutionnels. Si la norme suprême ne disait pas qui est le législateur et ce qu'est la loi, elle créerait un Etat mort-né, la loi en étant le cœur.

Les prescriptions sur la publication des lois peuvent être de droit constitutionnel formel ou matériel. Si elles figurent dans la charte fondamentale de l'Etat, au même titre que la liberté de conscience, ou d'association, elles sont de droit constitutionnel formel et leur violation ne paralyse pas la vie publique (la Confédération suisse existe toujours, bien que la liberté du commerce et d'industrie — art. 31 Constitution fédérale — soit restreinte par de multiples ordonnances). Les règles sur la publication des lois ont ce caractère dans les cantons de *Berne*, *Uri*, *Fribourg*, *Schaffhouse*, *Appenzell R.I.* et *Thurgovie*. C'est pourquoi nous avons déclaré plus haut que, dans ces cantons, une loi non publiée était valable mais inconstitutionnelle : valable

¹ BURCKHARDT B. 9 p. 1 et suiv.

parce que conforme aux règles instituant le législateur et la loi; inconstitutionnelle parce que contraire aux dispositions formelles de la Constitution, au même titre que le serait par exemple une loi fédérale violant la liberté d'association.

Cette inconstitutionnalité peut ne produire aucun effet, comme c'est le cas en droit fédéral, où l'art. 113 al. 3 Constitution fédérale désarme le T.F. Bien qu'en règle générale les cantons n'aient pas de dispositions analogues au dit art. 113 al. 3, leurs tribunaux se refusent pour la plupart à connaître de la constitutionnalité des lois ¹. Les particuliers ont cependant un moyen efficace de faire respecter leurs droits individuels; c'est le recours de droit public

¹ A Genève, une jurisprudence constante et déjà fort ancienne reconnaît aux tribunaux genevois à l'occasion d'un litige déterminé la faculté d'apprécier la constitutionnalité des lois et des règlements. C'est ainsi que la Cour de justice civile dans une aff. Passavant & Cie co. Ville de Genève, le 5 mai 1890, déclarait : « Contrairement à ce qui a été décidé par le tribunal de 1^{re} instance, la juridiction des tribunaux genevois n'est point limitée à l'application des lois telles qu'elles ont été édictées par le Grand Conseil genevois, mais ces tribunaux ont incontestablement le droit et le devoir d'examiner à propos des conflits de droit privé, qu'ils ont à trancher, dans quelle mesure les lois sont conformes aux constitutions soit cantonales, soit fédérale (*Semaine judiciaire* 1890, p. 312).

Le 19 octobre 1907, dans l'affaire Ville et Etat de Genève contre sieur Perrin, la Cour de justice civile confirmait sa jurisprudence antérieure en ces termes : « Le droit de juger sur la constitutionnalité d'une loi pour en prononcer l'abrogation est réservé exclusivement aux Cours de droit public, mais il n'en résulte pas que les tribunaux ordinaires n'aient pas le pouvoir d'examiner, à propos d'un conflit de droit privé, une question de droit constitutionnel, et de rechercher dans quelle mesure les lois sont conformes à leur constitution, sans être liées par l'interprétation qu'a pu faire de celle-ci le pouvoir législatif. Ils devront le faire en particulier, lorsque — comme c'est le cas en l'espèce — ils seront en présence de deux textes contradictoires et que l'une des parties basera sa demande sur l'une des lois, et l'autre partie sa défense sur l'autre loi. Leur refus de se prononcer constituerait un déni de justice. » (*Semaine judiciaire* 1907, p. 750.)

Ces arrêts ont encore été confirmés par la Cour de justice (statuant en matière pénale) le 5 mars 1910, dans l'affaire Procureur général contre Société genevoise d'électricité (*Semaine judiciaire* 1910, p. 157). Dans le même sens l'arrêt du 14 octobre 1930 aff. Bandit contre Procureur général (*Semaine judiciaire* 1931 p. 131 *in fine* et 132). Enfin dans un arrêt récent : Aff. Klink contre Procureur général, du 22 juin 1940 : « Contrairement à l'avis du juge, les tribunaux sont compétents à Genève pour apprécier la constitutionnalité des lois et la légalité des règlements » (*Semaine judiciaire* 1941, p. 26).

au T.F. en application des art. 84 et s. de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 16 décembre 1943¹. Cette voie de recours est largement utilisée et le T.F., dans une série d'arrêts, a cassé les normes en opposition avec les constitutions cantonales².

Les dispositions visant la publication des lois seront de droit constitutionnel matériel, si le constituant en a fait un facteur d'élaboration des lois, au même titre qu'il exige l'accord des deux conseils ou le referendum facultatif en droit fédéral. C'est le cas dans les cantons de *Zurich*, *Lucerne*, *Obwald*, *Glaris*, *Bâle-Ville* et *Genève*. Qu'advient-il donc d'une loi non publiée d'un de ces cantons ? Serait-elle inconstitutionnelle au même titre que les précédentes ? Pour que ce soit le cas, il faudrait qu'il y ait préalablement une loi; or il n'y a loi que si les conditions posées à sa perfection par le constituant sont remplies; si la publication en est une, la loi ne naît que si l'acte est publié. Tant et aussi longtemps qu'il ne l'est pas, il n'y a pas loi, pas plus qu'il n'y aurait de loi fédérale si un projet des chambres dénommé loi n'était pas soumis au referendum, ou si le texte voté par le peuple n'avait pas été adopté par les deux conseils.

Quels sont les effets d'un tel acte ? A notre avis il n'en produit aucun, il ne s'applique à personne : autorités, tribunaux et particuliers peuvent l'ignorer sans qu'une procédure quelconque soit en principe nécessaire pour

¹ F.F. 1944 (p. 1 et suiv.) : L'art. 84 se distingue de l'art. 180 de la loi du 22 mars 1893 en tant que le recours de droit public n'est plus actuellement qu'un moyen subsidiaire qui ne peut être utilisé qu'une fois les instances cantonales épuisées (voir le message du 9. II. 1943).

² Parmi les arrêts les plus intéressants nous en citerons quatre. Ce sont pour les cantons de St-Gall, A.T.F. IV p. 693; Soleure XI p. 143; Valais 50 I p. 232 à 236 et Nidwald 59 I 120. Dans ce dernier arrêt notamment, le T.F. a reconnu l'inconstitutionnalité d'une initiative tendant à charger une commission d'élaborer un projet de loi et de le soumettre pour approbation directement à la Landsgemeinde, sans passer ni par le Landrat ni par le Conseil d'Etat.

faire reconnaître cette nullité. En pratique, il incombe aux tribunaux de vérifier, dans un cas d'espèce, s'ils ont affaire à une loi ou non; en matière pénale l'adage « nulla poena sine lege » revêt tout son sens.

Le T.F. a eu en 1876 à se prononcer sur la compétence d'un tribunal bernois de s'assurer de la validité d'une loi. C'est le cas *Hirsbrunner*¹. La Cour fédérale contesta au tribunal cantonal le droit d'ignorer l'acte incriminé. La juridiction bernoise n'étant pas autorisée à contrôler la constitutionnalité des lois sur le fond, il n'était pas question (« es ist keine Rede davon ») qu'elle le fût pour connaître de l'inconstitutionnalité formelle.

Ce motif n'est guère convaincant et dénote une évidente méconnaissance du problème. Comment un tribunal pourrait-il appliquer une loi, si on lui enlève la faculté de contrôler si l'acte dont un plaideur se prévaut en est une ? Pour juger s'il a affaire à une loi, le tribunal doit avoir un critère, qui ne peut être que la Constitution. Si l'on écoutait le T.F., les tribunaux seraient tenus de conformer leurs décisions à n'importe quelle règle établie par une autorité quelconque. Nous estimons qu'un tribunal qui procéderait ainsi commettrait non seulement un déni de justice, mais par surcroît il violerait gravement ses plus élémentaires devoirs.

Chose curieuse, dans un arrêt *Banque de St-Gall* du 10 novembre 1877², le T.F. admet parfaitement qu'un vice de forme puisse invalider un acte législatif. Le Grand Conseil saint-gallois avait élaboré un projet de loi sur l'imposition des billets de banque. Le § 1^{er}, adopté par le parlement cantonal, était ainsi conçu :

« Privatbanken, welche auf dem Gebiete des Kantons St. Gallen Banknoten emittieren, haben ausser der ordent-

¹ A.T.F. 2 p. 105 (1876).

² A.T.F. 3 p. 693.

lichen Steuer an die Staatskasse eine jährliche besondere Steuer von 1 % der Emissionssumme zu entrichten. »

Par suite d'une erreur, le texte publié dans la F.O. après son adoption par le Grand Conseil contenait encore le membre de phrase :

« ...beziehungsweise auf die in Circulation gesetzten und für diese disponiblen Noten », adjonction qui avait été proposée au Grand Conseil et finalement abandonnée. Le referendum ne fut pas demandé et le Conseil d'Etat promulgua la loi. Sur recours, le T.F. déclara que vu l'art. 108 de la Constitution saint-galloise ¹, qui faisait courir le délai référendaire à partir du jour de la publication, il convenait de tenir ce texte publié inexactement pour nul et de procéder à une nouvelle publication suivie d'un nouveau délai référendaire.

Un cas analogue s'est produit en France au commencement de la première guerre mondiale. C'est celui de la loi française du 5 août 1914, modifiant le « loi du 14 décembre 1879 sur les crédits supplémentaires et extraordinaires à ouvrir pour les besoins de la défense nationale ». Dans la hâte du début des hostilités, la Chambre des Députés et le Sénat avaient voté chacun un texte différent. Au second alinéa de l'article unique adopté par la Chambre des Députés et promulgué par le président de la République figuraient les mots : « en cas d'absence des Chambres ». Ceux-ci faisaient défaut dans la version votée par le Sénat. Les deux assemblées n'ayant pas exprimé une volonté concordante, la loi était nulle. En effet, la Constitution française du 25 février 1875 est formelle : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des Députés et le Sénat. » Pour qu'il pût y avoir loi, l'accord

¹ Cette constitution n'est plus en vigueur. Elle a été remplacée par la Constitution du 30 août 1890, dont l'art. 47 fait partir le délai référendaire non pas de la publication du texte, comme dans la Constitution précédente, mais de son admission par le Grand Conseil (« Erlass »).

entre les deux Chambres sur un même texte devait être réalisé. Or ce n'était pas le cas en l'espèce. JÈZE a signalé cette anomalie dans un article intitulé : « Une loi inexistante » ¹, où il expose que ce vice de forme avait empêché la loi de prendre naissance : « La loi du 5 août relative au régime des crédits additionnels en temps de guerre est radicalement nulle, d'une nullité absolue; elle est inexistante constitutionnellement parlant. » La chose présente un intérêt particulier, puisque la France à l'instar de notre pays ne connaît pas le contrôle constitutionnel des tribunaux. DUGUIT ² partage l'avis de JÈZE. Il y apporte cependant ce correctif que la nullité ne frapperait pas la loi en entier, mais seulement le membre de phrase sur lequel la divergence avait porté.

Le droit fédéral fournit aussi un exemple :

BURCKHARDT ³ signale le fait suivant : « Le professeur de Salis fit observer, en mai 1906, que le texte allemand des art. 29 et 30 C.O. publié au Recueil des lois n'était pas conforme à celui de la Feuille fédérale. Tandis que dans cette dernière l'art. 29 contenait les mots « insofern die Handlungsfähigkeit nicht aufgehoben ist » et l'art. 30 « soweit deren Vertragsfähigkeit aufgehoben ist », le texte du Recueil des lois disposait « insofern die Handlungsfähigkeit ihnen nicht entzogen ist » et « soweit ihnen die Vertragsfähigkeit entzogen ist ». Il demanda quel était le texte exact. Le département de justice et police répondit que conformément aux art. 2, 3, 4, 7 et 14 de la loi du 17 juin 1874 le texte du Recueil des lois devait avoir la priorité sur celui de la Feuille fédérale. Seul il avait le caractère d'un texte promulgué. Au surplus le texte du Recueil des lois était conforme à l'original déposé aux archives.

¹ *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger* (Paris 1915, p. 576 et suiv.).

² DUGUIT B. 14, tome 4 p. 635 et suiv.

³ BURCKHARDT B. 9 p. 450.

Ce cas suggère quelques réflexions : Les citoyens prennent connaissance du projet voté par les Chambres dans la F.F. et c'est au vu de cette publication qu'ils se décident à lancer une demande de referendum. Comme les articles 29 et 30 C.O. publiés dans la F.F. différaient de ceux adoptés par les Conseils, force est de reconnaître qu'en acceptant tacitement le code des obligations de 1881 les électeurs de langue allemande avaient donné leur accord à d'autres art. 29 et 30 que ceux votés par l'Assemblée fédérale. En outre, comme le texte français de la F.F. reproduisait la version des Chambres, les citoyens de langue allemande et ceux de langue française n'avaient pu être d'accord entre eux. Constitutionnellement parlant, les art. 29 et 30 de l'ancien code des obligations étaient nuls, ou pour le moins les fractions d'articles sur lesquelles la divergence avait porté.

Ces quelques exemples prouvent que les normes réglant la procédure d'élaboration des lois ne sont pas toujours respectées. Il est dès lors indispensable de distinguer d'une part entre *l'inconstitutionnalité* d'une loi qui est sans effet juridique en droit fédéral et qui ouvre la voie du recours de droit public au T.F. en matière cantonale, et d'autre part *l'invalidité* d'une loi qui peut être contestée en tout temps par qui que ce soit, tant en droit fédéral que cantonal.

Dans un arrêt relativement récent le tribunal cantonal de Fribourg fait observer très justement qu'il ne peut être tenu d'appliquer que les lois valables¹. Il s'exprime ainsi : « L'art. 54 ch. 1 litt. b C.P.P. ouvre la voie du recours en cassation lorsque le jugement contient une violation de la loi et la disposition fondamentale de l'art. 1^{er} C.P. statue que les actes réprimés par la loi sont seuls punissables. Cela présuppose évidemment le droit du juge d'examiner si

¹ Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du tribunal cantonal 1939 p. 73 et 74.

à la base de la prévention il y a réellement la violation d'une loi, si cette loi est valide. »

Pour ne pas nous répéter, nous examinerons les voies de droit à disposition des particuliers pour faire reconnaître la nullité d'un acte législatif, simultanément à l'étude des moyens de défense des citoyens contre l'application d'une loi ou d'un règlement non obligatoire (cf. p. 219 et s.).

CONCLUSIONS

Dans les cantons où la constitution ordonne de publier les lois, sans en faire une condition de validité — Berne, Uri, Fribourg, Schaffhouse, Appenzell R.I. et Thurgovie — le défaut de publication entraîne l'inconstitutionnalité de la loi et autorise les intéressés à en demander l'annulation du T.F.

En revanche, dans les cantons de Zurich, Lucerne, Obwald, Glaris, Bâle-Ville et Genève une loi non publiée est nulle de plein droit.

Dans les autres cantons, les lois non publiées ne sont ni nulles ni annulables.

TITRE III

La publication est-elle une condition du caractère obligatoire des lois et règlements ?

Au titre II nous avons vu que la publication des lois et règlements adoptés par la dernière autorité compétente n'est jamais une condition de leur validité. Cette publication est-elle en revanche nécessaire au caractère obligatoire d'un acte législatif ? Tel est le problème à résoudre. Question de droit positif, car c'est l'Etat qui fixe les conditions du caractère obligatoire de ses actes. Si le droit positif ne devait pas à lui seul donner la clef du problème, nous ferions appel à la raison et à l'équité.

Au début du titre précédent, nous avons procédé à un tour d'horizon de droit comparé avant d'aborder le droit suisse. Cette méthode a donné de bons résultats. Nous n'aurions pu sans l'aide du droit comparé comprendre l'attitude de divers auteurs suisses, qui est étrangère à notre droit positif. Nous agirons donc de même au présent titre.

CHAPITRE I^{er}

APERÇU DE DROIT COMPARÉ

Section I^{re}. DROIT ALLEMAND

I. CONSTITUTION DU 16 AVRIL 1871

A. *Les lois :*

L'art. 2 de la constitution du 1^{er} Empire allemand fixait les conditions du caractère obligatoire des lois. Il disposait : « Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichs wegen, welche vermittelt eines Reichsgesetzblattes geschieht. Sofern nicht dem publizierten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist » ¹. Cet article est clair : Dans le 1^{er} Reich une loi ne devenait obligatoire que par son insertion dans l'organe officiel. Tant qu'elle n'y figurait pas, nul n'était tenu de s'y conformer.

La publication au sens de l'art. 2 de la constitution de Bismarck n'était donc pas un acte d'information quelconque. Une apposition d'affiches ou un communiqué dans les journaux était inefficace ; même si chacun avait eu connaissance d'une loi, elle n'aurait obligé personne avant de paraître au « Reichsgesetzblatt ». En cas d'urgence non

¹ Gesetz betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871, Berlin 1871.

plus, il n'était pas possible d'aller plus vite que l'organe officiel. LUKAS ¹ l'exprime en ces termes : « Die Gesetze müssen, um Gesetzkraft erlangen zu können, ins Gesetzblatt aufgenommen sein. Heute gehört dieser Satz zum eisernen Bestand des Verfassungsrechts in Österreich und dem Deutschen Reich. » Le caractère obligatoire ne coïncidait pas nécessairement avec la publication; il était postérieur à celle-ci, lorsque l'entrée en vigueur de la loi l'était également. Le législateur pouvait aussi renoncer à fixer une date d'entrée en vigueur; la loi était alors obligatoire après une « vacatio legis » de quatorze jours dès celui de sa publication.

Nous voyons que l'art. 2 de la constitution de 1871 a consacré en toutes lettres la théorie de la publication formelle, telle que nous l'avons définie à pages 32 et s. Le but du « Reichsgesetzblatt » n'était pas de renseigner chacun, mais de donner à tout intéressé la possibilité de l'être. Ceux qui ne prenaient pas garde au « Reichsgesetzblatt » se voyaient opposer l'adage « error juris nocet », « Unkenntnis des Gesetzes schadet », et n'avaient aucune possibilité de se disculper.

B. *Les règlements :*

L'art. 2 parle de « Reichsgesetze »; il ne mentionne pas expressément les règlements du pouvoir exécutif. Cette norme leur était-elle applicable, ou les règlements obligeaient-ils sans être publiés ? La doctrine allemande était partagée à ce sujet. Pour certains auteurs ² le mot loi à l'art. 2 avait un sens matériel et s'appliquait aussi aux règlements de droit. A l'instar des lois « sensu stricto », ils devenaient obligatoires en vertu de leur insertion au « Reichsgesetzblatt ». Admettre qu'ils pussent être appli-

¹ LUKAS B. 46 p. 209.

² LABAND B. 40 p. 10, MEYER B. 49 § 139.

qués sans y avoir été publiés contredisait à la théorie de la publication formelle, consacrée expressément par la Constitution. Ce raisonnement logique nous paraît conforme à la conception qui avait engendré l'article 2 de la constitution de 1871. Dès qu'on admet que seules les lois publiées sont obligatoires, le même raisonnement s'impose aussi pour les règlements de droit, qui s'adressent au public.

Cependant, d'autres auteurs ¹ s'étaient crus autorisés à interpréter le défaut de disposition constitutionnelle formelle, comme le signe que le gouvernement était libre de soumettre le caractère obligatoire des règlements à d'autres conditions que celles prescrites pour les lois. Ils admettaient qu'un acte de publication était nécessaire, mais ils niaient le monopole du « Reichsgesetzblatt ». A leur avis, les règlements étaient applicables dès leur publication d'une manière ou de l'autre. ARNDT ² observait en outre que le « Reichsgesetzblatt » était impropre à contenir tous les règlements. Si cet argument n'est pas très juridique, son auteur pouvait cependant citer nombre de règlements qui n'avaient pas été publiés au « Reichsgesetzblatt ». Le Reichsgericht, dans plusieurs arrêts ³, déclare obligatoires des règlements publiés uniquement dans un autre organe de l'Empire.

II. CONSTITUTION DU 11 AOUT 1919

A. *Les lois :*

En ses articles 70 et 71, la constitution du II^e Reich ⁴ subordonnait le caractère obligatoire des lois aux mêmes conditions que celles posées par la constitution de 1871, c'est-à-dire :

¹ ARNDT B. 3 p. 205, LÖNING B. 45 p. 239.

² ARNDT B. 3 p. 205.

³ *Entscheidungen in Zivilsachen* (vol. 40, p. 76 et vol. 48, p. 84 et suiv., cités par LABAND B. 40 p. 110 et 111).

⁴ STIER-SOMLO B. 62 p. 155.

- 1) publication dans le « Reichsgesetzblatt »;
- 2) si la loi ne fixait pas elle-même son entrée en vigueur, elle pouvait être appliquée quatorze jours après sa publication.

La constitution de Weimar venait ainsi confirmer la théorie de la publication formelle. Nous nous abstiendrons donc de faire de nouveaux commentaires.

B. *Les règlements :*

Le constituant de 1919 comme son prédécesseur de 1871 ne disait pas si les règlements devaient être publiés au « Reichsgesetzblatt ». La doctrine et les tribunaux en étaient réduits aux mêmes conjectures que précédemment et la controverse d'avant 1919 aurait pu se prolonger longtemps encore, si le législateur n'avait remédié à cette situation par la loi du 13 octobre 1923 « über die Verkündigungen von Reichsverordnungen »¹.

Cette loi distinguait entre le mode de publication des règlements en temps ordinaires et celui qui s'appliquait en cas d'urgence ou dans des circonstances exceptionnelles.

En temps normal, le règlement était inséré, au choix du gouvernement, dans l'un ou dans les trois organes suivants : le « Reichsgesetzblatt », le « Reichsministerialblatt » et le « Reichsanzeiger » (§ 1^{er}, al. 1). Ces trois feuilles officielles avaient la même valeur. Si le règlement paraissait dans deux d'entre elles ou dans les trois, c'est la première publication qui conditionnait le caractère obligatoire. Lorsque le règlement ne fixait pas lui-même son entrée en vigueur, il devenait obligatoire un jour après la première insertion dans l'un des trois journaux officiels. La « vacatio legis » de quatorze jours prévue pour les lois était réduite à un jour pour les règlements; nous en ignorons les motifs;

¹ Reichsgesetzblatt I p. 959.

si en temps ordinaire une « vacatio legis » de quatorze jours se justifiait pour les lois, on ne voit pas de raison d'en fixer une plus courte pour les règlements.

Dans les cas d'urgence ou si des circonstances exceptionnelles ne permettaient pas la publication par voies ordinaires, la loi de 1923 (§ 1^{er} al. 3) autorisait le gouvernement à utiliser tous les moyens d'information à sa disposition, tels que les journaux, les affiches, etc. Dans des cas extraordinaires une simple déclaration devant une assemblée ou un groupe de personnes suffisait ¹. Le législateur pensait notamment à la proclamation de l'état de siège. En 1922 le président du Reich avait dû mettre en vigueur l'« ordonnance du 24 juin sur la protection de la République » ² par simple déclaration verbale. Ce règlement ne parut au « Reichsgesetzblatt » que le 26 juin 1922 ³.

La loi du 13 octobre 1923 sur la publication des ordonnances du Reich avait un caractère révolutionnaire; elle rompait ouvertement avec la théorie de la publication formelle pour tous les cas d'urgence. En pareilles circonstances, un règlement pouvait être obligatoire sans avoir été inséré à l'organe officiel. La mise au courant des intéressés était remise à la libre appréciation du gouvernement, qui devait renseigner efficacement les particuliers, car ceux-ci ne pouvaient deviner à quels moyens d'information le gouvernement recourrait pour rendre une prescription notoire.

En revanche, le principe de la publication formelle était maintenu en temps ordinaire, à la différence que trois organes officiels se substituaient à un seul. L'accroissement du nombre de ces organes marquait toutefois un pas dans la direction de la publication matérielle ou effective. Le but

¹ SCHILLER B. 58 p. 290.

² *Op. cit.* p. 291.

³ Reichsgesetzblatt I p. 523.

inavoué de la loi de 1923 était de mettre les actes du gouvernement à l'abri des critiques des tribunaux qui se faisaient forts d'interpréter l'art. 70 de la constitution selon leurs conceptions propres et de reconnaître ou de dénier le caractère obligatoire des règlements non publiés au « Reichsgesetzblatt ».

III. CONCLUSIONS

Les constitutions de 1871 et de 1919 ont soumis le caractère obligatoire des lois à leur publication dans l'organe officiel du Reich. Le « Reichsgesetzblatt » avait un monopole que rien ne pouvait renverser; aussi longtemps qu'une loi n'y figurait pas, elle ne liait personne. Par contre, à défaut de réglementation constitutionnelle ou légale, le Reichsgericht admettait sous le 1^{er} Empire que, devait être considéré comme obligatoire, tout règlement publié ailleurs qu'au « Reichsgesetzblatt », un acte d'information étant cependant nécessaire.

Sous le régime de Weimar, les règlements étaient obligatoires en temps ordinaire dès leur insertion dans un des trois organes officiels et en cas d'urgence ou si des circonstances exceptionnelles l'exigeaient, après tout autre acte de publication, fût-ce une déclaration verbale.

Section II. DROIT FRANÇAIS

I. LES LOIS

Au contraire des constitutions allemandes, les lois constitutionnelles françaises de 1875 ne réglaient pas la publication des actes législatifs. Ce mutisme signifiait que le caractère obligatoire des lois n'était pas lié à leur publication dans un organe officiel et, théoriquement du moins, à un acte de publication quelconque. Le législateur

avait les coudées franches pour régler la question à sa guise. S'il légiférait, il ne pouvait ignorer qu'il ne serait lié à ses propres règles, que dans la mesure où il le voudrait, tant il est vrai qu'une loi n'en régit pas une autre. Le législateur de la troisième République ne se prononça d'ailleurs pas à ce sujet. La question se trouvait être réglée par un « décret du gouvernement de la défense nationale du 5 novembre 1870 sur la promulgation des lois »¹. Cet édit précisait, à l'art. 1^{er}, que les lois et décrets étaient obligatoires par leur insertion au « Journal officiel de la République française », qui prenait ainsi la place du « Bulletin des lois ». Ce bulletin d'illustre mémoire fut maintenu comme organe de publication subsidiaire jusqu'au 19 avril 1930, date de sa suppression.

L'art. 2 du décret de 1870 précisait : « Les lois et les décrets seront obligatoires à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel, qui les contient, sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le gouvernement par une disposition spéciale pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret. »

Ainsi en France, les lois et décrets devenaient obligatoires à des moments différents selon la distance qui séparait les départements de la capitale. La publication n'en était pas moins d'ordre formel : seul le « Journal officiel » étant habilité à publier les lois ; celles qui y figuraient étaient présumées connues de tous. Celui qui les violait ne pouvait soulever l'exception d'ignorance, celle-ci n'étant pas admise. L'article 4 tempérait la rigueur de cette règle, en autorisant les tribunaux, les autorités administratives et militaires à accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les prévenus, si la contravention avait eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la publication. Passé

¹ FAUSTIN HÉLIE B. 29 p. 1358 et 1359.

ce délai, il n'y avait plus de pardon. Le décret de 1870 ne s'appliquait pas aux lois urgentes. La publication de celles-ci était régie par deux ordonnances fort anciennes, l'une du 27 novembre 1816 et l'autre du 18 janvier 1817¹, qui, pour n'avoir jamais été abrogées, étaient demeurées en vigueur. L'art 4 de la première disposait : « Néanmoins, dans les cas et les lieux où nous jugerons convenable de hâter l'exécution, les lois et ordonnances seront exécutoires du jour qu'elles seront parvenues au préfet qui en constatera l'exécution sur un registre »². Cette norme était complétée par les articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance de 1817, autorisant le gouvernement à communiquer aux départements les lois et ordonnances par voie extraordinaire. Les préfets étaient alors tenus de les porter immédiatement à la connaissance de leurs administrés au moyen d'affiches.

II. LES RÈGLEMENTS

Le décret de 1870 s'appliquait aussi aux règlements; ils acquéraient donc caractère obligatoire de la même manière que les lois.

En cas d'urgence, l'art. 2 « in fine » du décret de 1870 autorisait le gouvernement à ordonner l'exécution immédiate d'un règlement, ce qui ne voulait pas dire que le gouvernement aurait pu se dispenser de le publier, mais plutôt qu'il pouvait le déclarer obligatoire le jour de sa publication à Paris, ce qui pratiquement revenait au même. Notons que ce décret de 1870 ne liait pas plus le gouvernement que le législateur, puisqu'il ne leur était hiérarchiquement pas supérieur. Ainsi, même en dehors des cas d'urgence, le gouvernement aurait pu, sans compromettre le caractère obligatoire de ses édits, les publier ailleurs qu'au « Journal officiel ». La théorie de la publication formelle et l'adage

¹ Citée par DUGUIT B. 14 p. 650.

² *Op. cit.* p. 651.

« error juris nocet », qui en est le corollaire, recommandaient toutefois de ne s'écarter du « Journal officiel » que si l'urgence l'exigeait.

III. CONCLUSIONS

1. *Les lois et les règlements ordinaires de la troisième République française étaient obligatoires au plus tôt dès leur insertion au « Journal officiel ».*

2. *Dans chaque département, les lois urgentes étaient obligatoires le jour où elles parvenaient au chef-lieu, indépendamment de leur publication par affiche, à laquelle le préfet devait procéder immédiatement.*

3. *Les règlements urgents étaient applicables dès leur publication à Paris. Le mode employé à cet effet était indifférent.*

4. *Enfin, les conclusions 1 à 3 ne valent que dans la mesure où le législateur ou le gouvernement ne les avaient pas modifiées expressément dans un cas particulier. Ils auraient été compétents pour le faire, puisque la seule disposition applicable était d'essence réglementaire. Ceci prouve qu'en France le monopole du « Journal officiel » n'était pas absolu.*

CHAPITRE II

DROIT POSITIF SUISSE

Le droit positif suisse répond-il d'une manière uniforme à la question posée au présent titre ? Si c'était le cas, nous pourrions nous borner à étudier le droit fédéral par exemple; les conclusions auxquelles nous aboutirions s'appliqueraient sans autre aux cantons. La structure fédérative de la Suisse et l'autonomie cantonale en matière de procédure législative laissent prévoir que des solutions différentes selon le droit en vigueur sont inévitables. Nous rechercherons donc en droit fédéral et pour chaque canton séparément la réponse à la question posée.

Section I^{re}. DROIT FÉDÉRAL

Nous avons dit à la page 35 que les lois fédérales étaient publiées deux fois. D'abord dans la F.F. en tant que projet définitif voté par les Chambres, puis au R.O., comme loi parfaite, après son adoption expresse ou tacite par le peuple. Ces deux actes d'information sont-ils propres à influencer le caractère obligatoire des lois ? A première vue du moins, il ne paraît pas que l'insertion du projet dans la F.F. puisse être de quelque importance à cet égard. Au moment où paraît la F.F. la loi n'existe pas encore au sens de l'art. 89 Constitution fédérale; « a fortiori » n'est-elle pas obligatoire. Au contraire le texte reproduit au R.O. est parfait.

La question qui se pose est donc celle-ci : La publi-

cation au R.O. est-elle nécessaire au caractère obligatoire de la loi ? Voilà le problème qui nous intéresse, car, comme nous le disions dans notre introduction, il prête à controverse. Si nos recherches devaient établir que l'insertion au R.O. n'est pour rien dans le caractère obligatoire d'une loi, il serait alors indiqué d'examiner si l'information qui résulte de la F.F. a une influence sur lui.

Précisons que seules les lois « *sensu stricto* » connaissent une double publication, car les règlements ne sont pas publiés à l'état de projet.

I. LA PUBLICATION DES ACTES LÉGISLATIFS AU R.O.

EST-ELLE UNE CONDITION DE LEUR CARACTÈRE OBLIGATOIRE ?

Au titre II nous avons séparé l'étude des lois de celle des règlements. Ne serait-il pas utile d'en faire de même ici ? Les arguments invoqués par ceux qui répondent oui à la question I s'appliquent indistinctement aux deux catégories d'actes législatifs. Pour éviter des répétitions nous les examinerons simultanément. Cependant, si leur valeur hiérarchique différente devait être évoquée au cours du débat qui va suivre, nous ne manquerions pas de traiter les lois et les règlements séparément.

L'opinion, d'après laquelle seuls les textes insérés au R.O. sont obligatoires, s'appuie sur deux arguments principaux :

A. *1^{er} argument : La publication des lois et règlements au R.O. serait une condition de leur caractère obligatoire en vertu d'un principe général du droit public :*

On dit que le dogme de la publication au R.O. est admis tel un *credo* dans tout Etat civilisé. Il est si évident que personne ne le discute plus et celui qui s'y réfère n'a pas besoin de le justifier. Le « message du 30 mars 1899

concernant la révision de la loi du 22 décembre 1849 sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés »¹ le prouve. « Une loi comme on sait ne devient obligatoire pour tous, n'entre effectivement en vigueur qu'après avoir été promulguée (le message veut dire « publiée ») dans les termes établis. Cette promulgation s'effectue en règle générale par la publication de la loi et de la clause d'exécution dans la feuille officielle de l'Etat intéressé », et plus loin, après avoir rappelé les lacunes du système antérieur, le C.F. ajoute : « Tous les actes législatifs des autorités fédérales furent insérés avec la clause d'exécution dans le texte de la Feuille fédérale. Ils devenaient ainsi, d'après les principes généraux du droit public, obligatoires pour la population suisse tout entière et nul n'était admis à exciper de son ignorance. »

Le T.F. n'est pas moins affirmatif. Dans l'arrêt *Chatton* (déjà cité au titre II), qui a trait au droit fribourgeois, il déclare : « Il y a lieu d'admettre avec le recours que d'une manière générale une loi n'est applicable qu'à la condition d'avoir été dûment publiée, et que cette publication doit en particulier être effectuée conformément aux dispositions légales ou constitutionnelles »².

Quel est le fondement de ce principe général du droit public ?

Au dire de ses champions, il se justifierait historiquement, logiquement et juridiquement.

1. Justification historique :

Le système matériel de publication en vigueur sous l'ancien régime a fait faillite (v. p. 32 et s.). Livrées à l'arbitraire d'organes provinciaux, les lois étaient publiées

¹ F.F. 1899 p. 65 et suiv.

² A.T.F. 28 I 108.

souvent avec beaucoup de retard, et d'une manière insuffisante. Selon le degré de conscience des fonctionnaires régionaux, les citoyens en étaient informés ou demeuraient dans l'ignorance. Ceux qui n'avaient eu connaissance d'édits qu'ils enfreignaient avaient beau jeu pour se défendre, car l'Etat se trouvait fréquemment désarmé à leur égard. La Révolution française a remédié à ces abus en instituant un « Bulletin des lois » centralisé, paraissant à Paris. Son but était simple : Remplacer tous actes d'information matérielle par un système formel valable pour l'ensemble du pays. Le texte inséré au dit Bulletin était seul obligatoire. Toute instruction du public par d'autres moyens restait sans effet juridique. Ce système permettait une entrée en vigueur quasi instantanée. Ceux qui contrevenaient à une loi ou à un règlement parus au « Bulletin » n'étaient pas admis à invoquer leur ignorance; en droit le respect des lois était donc assuré. De France ce système aurait gagné tous les Etats civilisés; partout l'organe officiel jouirait du monopole de l'information. La Confédération ne ferait pas exception à la règle; en créant le R.O., elle aurait entendu disposer d'un organe officiel, semblable au « Bulletin des lois », qui jouirait d'une exclusivité de publication des actes législatifs.

Historiquement, la Suisse aurait suivi la même évolution que ses voisins d'ouest et du nord, puisque le « Reichsgesetzblatt » était l'unique organe de publication des lois en Allemagne. Rien ne permettrait de supposer que le droit fédéral aurait opté en faveur d'une autre solution.

Ces arguments sont-ils pertinents ?

Il est incontestable que la théorie de la publication formelle a fait au XIX^e siècle une entrée triomphale dans la législation de presque tous les Etats d'Europe et d'outre-mer. Partout l'organe officiel a été salué comme un progrès remarquable comparé aux systèmes désuets qui l'avaient

précédé. Est-ce à dire qu'aujourd'hui encore, après plus de cent cinquante ans, la théorie formelle ait cours dans tous les Etats civilisés en général et en Suisse en particulier, par le seul fait que la Révolution française l'ait consacrée ? Nous ne le pensons pas. Depuis le début de ce siècle, la rapidité des communications s'est accrue. Aux anciens courriers ont succédé le télégramme, le téléphone et la TSF. Les journaux servent presque instantanément les nouvelles à un pays tout entier. L'Etat peut faire connaître sa voix beaucoup plus vite qu'autrefois. Si jadis il pouvait être nécessaire de recourir à la fiction de la connaissance, par tous les habitants du pays, des actes législatifs publiés dans l'organe officiel pour pouvoir les déclarer en vigueur, il est actuellement possible de renseigner les particuliers en moins de temps qu'il n'en faut aux chancelleries pour faire imprimer l'organe officiel. La loi allemande du 13 octobre 1923 sur la publication des règlements (voir ci-dessus p. 103), qui rompait délibérément avec la théorie de la publication formelle, n'est-elle pas un signe que ce dogme ne correspond plus aux exigences actuelles ?

En résumé, constatons — sans pouvoir répondre déjà dans un sens ou dans l'autre à la question posée — que *si la théorie formelle a marqué historiquement un progrès indiscutable sur les systèmes antérieurs, elle ne saurait être invoquée pour prouver qu'aujourd'hui encore seuls les actes parus au R.O. sont obligatoires.*

2. Justification logique :

Les partisans ¹ de la publication formelle reconnaissent qu'il est peut-être possible à l'Etat de se passer d'un organe de publication officielle (le canton d'Appenzell R.I. en fournit la preuve) et de lui préférer l'information matérielle des intéressés (p. 32 et s.). Cependant, ils soutiennent que dès qu'un Etat a opté pour le mode formel en

¹ Voir HATSCHECK B. 28 p. 92, LUKAS B. 46 p. 206 et suiv.

instituant un organe officiel et en déclarant qu'il y publierait ses édits, il n'a plus le choix entre plusieurs actes d'information différents. L'organe officiel acquiert un monopole. Si les administrés sont tenus de le consulter, logiquement ils sont aussi en droit d'attendre de l'Etat qu'il ne publie pas ses décrets ailleurs. Ils doivent avoir la certitude qu'en le consultant ils seront renseignés. A quoi rimerait la création d'un organe chargé de faire entendre la voix de l'Etat à ses sujets, si elle devait retentir par des moyens inconnus de sa législation ? Ne vaudrait-il alors pas mieux pour chacun que les pouvoirs publics renoncent à instituer un organe officiel ? Or la Confédération a créé le R.O., en ordonnant que les lois et règlements y soient insérés; elle a choisi, et ne peut les rendre obligatoires autrement.

Que vaut cet argument ?

Il paraît logique, en effet, que l'Etat s'en tienne à l'organe qu'il a créé. Mais peut-on dire que les citoyens seraient autorisés à ignorer les actes législatifs que l'autorité porterait à leur connaissance différemment ? Serait-il déraisonnable de leur demander de les observer ?

Pour prendre un exemple, serait-il contraire au bon sens d'attendre d'un boulanger qui reçoit une circulaire du Service fédéral du contrôle des prix, l'informant qu'à partir de telle date le prix des petits pains est réduit de 10 centimes, qu'il vende sa marchandise à ce prix ? Nous ne le pensons pas; à notre avis il ne serait pas admissible de dire : « cette interdiction n'a pas paru au R.O., elle ne me concerne pas ». Il est certain que si l'ordonnance du C.F. était favorable aux affaires du boulanger, il n'hésiterait pas à l'appliquer immédiatement.

Dans une consultation rendue à l'occasion du procès Moulin Rod S. A. contre Département fédéral de l'économie publique, le prof. BURCKHARDT distingue entre « publi-

cation officielle » et « publication dans un organe officiel » ¹ : « Wenn dem Privaten zuverlässige Kenntnis (z.B. amtliche) von einem Beschluss der zuständigen Behörde gegeben wird, ist es kein Widerspruch, von ihm zu verlangen, dass er ihn befolge. Wer das verlangt, verlangt nichts unmögliches und nichts widersinniges. » Et plus loin, sur la question de savoir si le caractère exclusif du R.O. s'impose par la logique, Burckhardt dit : « Dass die Norm aber förmlich publiziert, d.h. in einer amtlichen Sammlung der Erlasse gedruckt herausgegeben worden sein müsste, ist keineswegs eine Forderung zwingender Logik oder elementarer Billigkeit. »

Nous admettons que l'information par des moyens inusités peut causer un certain trouble; mais répétons qu'il n'est pas illogique de demander à un citoyen, qui lit dans son journal le prix officiel d'une denrée, de la payer ce prix.

Résumons :

La théorie affirmant que seuls les actes législatifs parus dans un organe officiel sont obligatoires n'est pas un postulat de la logique.

3. Justification juridique.

Voici comment on motive juridiquement le principe « pas de lois ni de règlements obligatoires avant leur insertion à l'organe officiel » :

Il est dans la nature des choses qu'une loi et qu'un règlement ne puissent lier une personne avant que celle-ci en ait connaissance. L'Etat doit donc les faire connaître pour qu'elles soient obligatoires; c'est-à-dire, il doit les publier. Le degré d'applicabilité de la loi varie notamment selon les moyens d'information employés. Or, quels qu'ils soient, ils n'assurent en fait jamais l'instruction de l'ensemble des intéressés. Il y a toujours des circonstances spéciales

¹ Consultation non publiée du 28 décembre 1938.

qui empêchent telle personne d'être renseignée. L'Etat ne peut admettre d'autre part que quelques individus, sous prétexte d'ignorance, ne soient pas liés par ses ordres. S'il avouait qu'on pût les ignorer, il reconnaîtrait par là même qu'il n'a pas pris des mesures d'information suffisantes, et que l'acte législatif n'obligeait pas la personne qui n'en a pas eu ni pu avoir connaissance. Prouver que le contrevenant connaissait ou aurait dû connaître la mesure incriminée, qu'elle lui était donc applicable, ne serait pas chose facile et les gouvernants risqueraient d'être continuellement engagés dans de longues procédures contre les gouvernés, ce qui compromettrait gravement l'application des lois, car on ne saurait jamais qui elles obligent. A un moment donné, l'Etat doit donc pouvoir compter sur la notoriété de ses injonctions. Il n'y parvient pas cependant sans l'aide d'une fiction; celle de la connaissance, par tout homme doué du sens commun, des lois et règlements publiés. L'Etat déclare que, dès leur publication, ils sont censés connus de tous, que nul n'est autorisé à les ignorer. En vertu de l'adage « *error juris nocet* », le juge condamnera sans rémission ceux qui malgré leur diligence les violeraient par ignorance. Par sa rigueur ce principe contraint les particuliers à faire l'effort de connaître les lois et les règlements. Juridiquement il leur assure une notoriété totale et met leur caractère obligatoire à l'abri de toute discussion.

Or, ajoute-t-on, la présomption de connaissance des lois n'est supportable que si elle est légale. Si le droit positif ordonne l'insertion des lois et règlements dans un organe officiel, seuls ceux qui y figurent sont obligatoires; on estime aussi que ces actes seuls offrent toutes garanties de sécurité et d'authenticité. En outre, devant cet organe tous les citoyens sont égaux. Chaque individu désireux de connaître les lois sait qu'en le consultant il sera renseigné. C'est pour-

quoi tous les pays en ont institué. « *Error juris nocet* » est donc étroitement lié aux actes publiés dans le dit recueil. Si l'Etat, au mépris de ses propres règles, négligeait d'y insérer une loi, soit qu'elle parût ailleurs, soit qu'il ne la publiât pas du tout, sur quoi se fonderait-il pour opposer le dogme « *error juris nocet* » à une personne qui l'aurait violée par ignorance ? L'acte publié ailleurs ne serait pas obligatoire, car quiconque pourrait l'ignorer. L'insertion à l'organe officiel est donc une condition du caractère obligatoire, car elle seule assure la notoriété absolue de l'acte qui en fait l'objet. Le droit fédéral a créé le R.O. (p. 36); en vertu de ce qui précède seuls les actes qui y figurent sont applicables et peuvent être présumés connus. Toute personne contrevenant par ignorance à une loi ou à un règlement insérés au R.O. se verra donc opposer le principe « *error juris nocet* ».

Que penser de cette argumentation ?

Est-il exact que pour être obligatoire, une loi doit être connue ou présumée connue de tous ? Si c'était le cas, le caractère obligatoire d'un acte législatif reposerait sur une fiction et il suffirait qu'elle s'effondre pour que la loi ne soit applicable que pour ceux qui auraient eu ou pu en avoir effectivement connaissance. Qu'une mesure doive être notoire pour produire des effets, nul ne le conteste (voir p. 157 et s.), mais dire que cette notoriété doit être absolue nous paraît une erreur fondamentale. A notre avis, l'Etat fixe souverainement les conditions du caractère obligatoire des lois et règlements. S'il est un Etat de droit, il publiera ses décrets avant de les mettre en vigueur, mais ces formalités accomplies, ses édits sont obligatoires pour tous sans égard au nombre de personnes qui les connaissent ou les ignorent, qui les observent ou les enfreignent. Quelles que soient les circonstances particulières qui ont empêché A et B d'être renseignés, la mesure leur est appli-

cable, et l'Etat refusera toute discussion à ce sujet.

Exemple : Si une loi publiée soumet à partir du 1^{er} septembre le pacte de préemption à la formalité de l'acte authentique, un contrat passé par écrit le 10 septembre sera nul, même si pour des raisons spéciales les parties contractantes n'ont eu ou n'ont pu avoir connaissance de la loi; les tribunaux devront constater qu'elle est entrée en vigueur le 10 septembre et annuler le contrat. L'autorité peut faire exécuter par la force un édit déclaré obligatoire, même à l'encontre d'une personne qui n'en a pas eu et n'a pas pu en avoir connaissance. Si un règlement obligatoire ordonne de livrer à la récupération toutes clôtures en fer, les pouvoirs publics peuvent s'emparer par force de la barrière du jardin de A, même si ce dernier, en séjour à l'étranger, n'a pu connaître l'obligation de livrer.

1^{re} conclusion préliminaire : Pour qu'une loi soit obligatoire, il n'est pas nécessaire qu'elle soit connue de tous.

D'autre part, il est erroné de prétendre que l'adage « error juris nocet » vise à créer une notoriété absolue de la loi, afin de la rendre obligatoire pour chacun; car nous venons de voir que même si certains intéressés ne la connaissent pas, elle leur est quand même applicable. En outre, comment pourrait-on dire : « nul n'est censé ignorer la loi », si elle n'est pas obligatoire ? Quelqu'un a-t-il jamais dû conformer ses actes à des règles non obligatoires ? Certainement pas et celui qui les viole ne commet aucune infraction. « Error juris nocet » présuppose donc toujours un acte obligatoire; la notoriété à laquelle il tend n'est pas une cause de ce caractère, mais une conséquence de celui-ci. On pourrait donc formuler le principe : « nul n'est censé ignorer une loi obligatoire ».

Cet adage a pour but d'assurer à l'acte en vigueur un maximum d'efficacité; il vise l'exécution des décrets obligatoires, en permettant à l'Etat de refuser tout débat sur

les causes d'ignorance d'un contrevenant à une disposition publiée et de le punir. C'est pourquoi nombreux sont les auteurs qui estiment que ce principe est une pierre angulaire de l'ordre juridique établi.

2^e conclusion préliminaire : Le principe « error juris nocet » tend à assurer la notoriété des lois et règlements obligatoires, pour qu'ils aient un effet maximum.

On nous objectera que nos conclusions préliminaires 1 et 2 ne modifient pas le problème, puisque d'une part l'adage « error juris nocet » est nécessaire pour assurer à la loi une notoriété et une efficacité maximum; que d'autre part ce principe ne s'appliquant qu'aux lois et règlements insérés à l'organe officiel, aucun Etat de droit ne déclarera un décret obligatoire sans l'insérer préalablement ou en même temps au dit recueil. Indirectement la publication dans un organe officiel est donc quand même une condition du caractère obligatoire des lois et règlements.

Nous sommes prêts à nous ranger à cette manière de voir s'il est établi :

— que la fiction de la connaissance des actes législatifs exige leur publication dans un organe officiel;

— que cette fiction est nécessaire pour qu'une loi puisse produire un effet maximum;

— que cette fiction a cours en droit fédéral.

Examinons ces trois points :

a) L'application de l'adage « error juris nocet » suppose-t-elle la publication des lois et règlements dans un organe officiel, en l'espèce le R.O. ?

Oui, répondent ses partisans¹, car l'application du « nul n'est censé ignorer la loi » commande un mode d'information sans équivoque, qui garantisse l'authenticité et l'officialité du texte publié. Seul l'organe officiel édité par

¹ LUKAS B. 46 p. 206 et suiv., HATSCHKE B. 28 p. 92.

l'autorité ou sous son contrôle réunit ces conditions. En outre l'Etat qui institue un Recueil officiel admet implicitement que seuls les lois et règlements, qui y paraissent, sont présumés connus.

Ce raisonnement n'est guère contesté; est-il fondé ?

Constatons qu'une présomption de connaissance des actes législatifs publiés dans un organe officiel ne peut exister qu'en vertu d'une règle de droit. La norme qui crée cette fiction est d'essence constitutionnelle, légale ou réglementaire. Si elle figure dans la constitution, elle s'appliquera aux lois et règlements tant qu'elle n'aura pas été modifiée. En revanche, à défaut de réglementation constitutionnelle, le législateur qui dirait que nul n'est censé ignorer les actes publiés par l'organe officiel pourrait dans la suite transformer cet organe, ou lui en substituer un autre. Si une telle disposition a cours en Suisse, ce que nous examinerons sous lettre c), elle a dû s'appliquer primitivement à la F.F., pour être modifiée en faveur du R.O., puisque ce recueil a succédé à la F.F. en qualité d'organe officiel de publication des lois et règlements de la Confédération dès 1849. Rien n'empêcherait le législateur de changer à nouveau l'organe officiel ou de lui préférer un mode d'information matériel (ou effectif). S'il peut dire que seuls les actes insérés dans tel organe sont présumés connus, il peut aussi déclarer que la fiction de connaissance s'attache aux actes publiés autrement, par exemple dans les journaux, par affiche ou par radio. Ceci obligerait les citoyens à porter leur attention de l'organe officiel sur ces autres modes d'information. Ces derniers ne seraient pas transformés pour autant en organes officiels (exception faite des affiches), mais en moyen de publication des actes officiels. Si l'autorité compétente choisissait cette solution, rien ne laisse supposer que les particuliers seraient plongés dans une complète insécurité; les diverses mesures

d'économie de guerre diffusées par radio le prouvent.

Nous faisons même un pas de plus, en admettant qu'à défaut de réglementation constitutionnelle, une loi peut pour elle-même modifier la règle établie par une loi antérieure, et prescrire qu'après sa propre publication ailleurs qu'au R.O., elle sera présumée connue de tous. Exemple : Selon la norme applicable seuls les actes publiés à l'organe officiel sont présumés connus; une règle de même essence modifie pour elle-même l'ordre établi et ordonne que son texte soit communiqué par radio; ceux qui la violeront par ignorance se verront appliquer l'adage « error juris nocet ». Ceci paraît n'être qu'un cas théorique. Cependant l'exemple suivant nous montre un juge qui va plus loin que nous en appliquant l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » à un décret qui n'a pas pour lui-même modifié expressément la règle (toujours sous-entendu qu'elle existe en droit suisse, ce qui reste à prouver) qui veut que la fiction de connaissance ne s'attache qu'aux actes insérés au R.O. :

Dans une affaire G., la commission pénale de recours du Département de l'économie publique a appliqué le « nul n'est censé ignorer la loi » le 11 décembre 1940 à une prescription radiodiffusée. Elle dit :

« Il va de soi que le législateur peut arrêter à sa guise la date d'entrée en vigueur de nouveaux règlements (pour l'ordonnance N° 9 ce terme a été fixé expressément au 2 novembre 1940 à 00 h.). Dès l'instant fixé le public est tenu, sous peine de sanctions pénales, de se conformer à la norme édictée. Selon les principes généraux du droit pénal, une contravention devrait être poursuivie même si les dites prescriptions n'étaient pas parvenues à la connaissance du contrevenant. « A fortiori » doit-on admettre dans le cas présent que l'acte était répréhensible pénalement,

puisque l'inculpé reconnaît expressément avoir eu connaissance de l'ordonnance enfreinte.¹»

Nous commenterons cet arrêt à p. 191 et s. Bornons-nous ici à relever que ce jugement n'est correct que si le droit positif suisse applique l'adage « error juris nocet » à tout acte publié par l'autorité, même ailleurs qu'au R.O., ce que nous examinerons tout à l'heure (p. 126 et s.). Ajoutons que ce jugement ne satisfait pas notre sentiment de la justice et de l'équité; s'il paraît choquant, ce n'est toutefois pas parce qu'il applique le « nul n'est censé ignorer la loi » à un règlement publié ailleurs qu'au R.O., mais parce que le tribunal s'estime en droit (à tort ou à raison) de punir une personne accusée d'avoir enfreint une règle dont elle n'aurait pu avoir connaissance. Si tel jugement s'appliquait à un acte publié au R.O. qu'un prévenu aurait ignoré sans faute de sa part, il ne heurterait pas moins notre conception de la justice et de l'équité.

3^e conclusion préliminaire : La fiction de connaissance des lois et règlements (exprimée par l'adage « error juris nocet ») n'est pas liée à la publication dans un organe officiel, si la norme applicable ne le prescrit pas.

b) L'adage « error juris nocet » est-il nécessaire pour que les lois et règlements soient appliqués par tous, c'est-à-dire pour qu'ils aient un effet maximum ?

Les arguments avancés se résument à ceci :

Si les tribunaux admettaient la non-culpabilité d'une

¹ « Es versteht sich von selbst, dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Inkrafttretens neuer Verordnungen beliebig bestimmen kann — bei der Verfügung N^o 9 wurde als Termin ausdrücklich der 2. November 1940, 00 Uhr festgesetzt — und dass das Publikum vom diesem Zeitpunkt an bei Straffolge verpflichtet ist, sich an die erlassenen Vorschriften zu halten. Eine Uebertretung wäre nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen selbst dann zu ahnden, wenn die betreffenden Vorschriften gar nicht zur Kenntnis des Täters gelangt wären. Umsomehr ist die Strafbarkeit im vorliegenden Fall anzunehmen, wo die Beschuldigte ausdrücklich zugibt, die übertretene Verfügung gekannt zu haben. »

Cet arrêt n'a pas été publié.

personne qui, sans faute de sa part, aurait violé une loi par ignorance, l'ordre juridique établi en serait ébranlé. Instantanément la crainte qu'inspire l'adage « *error juris nocet* » disparaîtrait et avec lui l'intérêt porté aux édits publics. L'ignorance des lois deviendrait la règle, chacun ayant la possibilité de faire valoir des circonstances particulières; faute de preuves, les tribunaux devraient acquitter tous les contrevenants. GRENIER a excellemment résumé cette thèse : « Il y a sans doute bien moins d'inconvénients à ce qu'un citoyen soit lié par une loi qu'il n'a pas connue lorsque tous les moyens de publicité ont été pris qu'à laisser la société sans loi, ou, ce qui est la même chose, lui donner des lois que chacun pourrait violer impunément sous prétexte d'ignorance.¹ » LIEBENOW émet un avis analogue : « Si le principe de l'adage « *juris ignorantia nocet* » est reconnu par tous, c'est qu'il résulte de la nature des choses; on rendrait les lois illusoires, si l'on admettait que les contrevenants pourraient, sous prétexte d'ignorance, se soustraire à leurs dispositions, car ce n'est que dans des cas très rares qu'il serait possible de prouver qu'ils les ont connues.² »

Enfin, dans un arrêt de 1921, le Reichsgericht exprime la même idée : « Der für den Bestand der Staats- und Rechtsordnung unentbehrliche Satz « *ignorantia juris nocet* », dessen Härte dadurch ausgeglichen wird, dass der Rechtsschutz und Rechtswohltat unabhängig davon gewährt wird, ob bewusst und im Hinblick auf diese Vorteile gehandelt ist... »³.

¹ Cité par LIEBENOW B. 43 p. 38.

² « Dass der Satz *juris ignorantia nocet* im Prinzip überall anerkannt ist, das liegt in der Natur der Sache; man würde alle Gesetze illusorisch machen, wollte man zugeben, dass der Uebertreter des Gesetzes sich durch Behauptung der Unkenntnis den im Gesetz normierten Folgen entziehen könnte; denn der Beweis, dass er das Gesetz gekannt habe, dürfte wohl in den seltensten Fällen zu führen sein. » — LIEBENOW B. 43 p. 37 et 38.

³ HATSHECK B. 28 p. 125.

Plus récemment encore DUGUIT proclame avec conviction qu'« *error juris nocet* » est un dogme fondamental : « C'est le vieux principe toujours vrai et qu'il est indispensable de maintenir énergiquement : « Nul n'est censé ignorer la loi » ¹.

Ce credo du droit public et pénal répond-il à une nécessité ?

Nous en doutons. Que chacun soit tenu de connaître les lois, personne ne le conteste. Par essence la loi est impérative; elle est une injonction des gouvernants aux gouvernés, à laquelle ils ne peuvent se soustraire. Obligatoire pour tous, elle s'appliquera même à ceux qui voudraient l'ignorer et vivre en marge. L'Etat ne reconnaît pas les « hors la loi ». Chaque homme normal et doué du sens commun sait qu'il est tenu de connaître et d'observer les lois. En revanche, dire que chacun est censé les connaître c'est autre chose. En déclarant que la méconnaissance des lois est une faute impardonnable qui « persiste même si la bonne foi du prévenu est absolue ou repose sur l'erreur commune » ², ROUX nous paraît soutenir une absurdité et contredire toute la théorie moderne du droit pénal, qui proclame « nul délit sans faute ». Si aujourd'hui les pénalistes répugnent à l'idée de punir les prévenus exempts de faute, comment pourraient-ils faire une exception pour l'erreur de droit ? HAFTER n'a-t-il pas dit : « *An der Verfeinerung der Schuldlehre bemisst sich der Fortschritt des Strafrechts* » ?

Si on s'acharne à « maintenir énergiquement » l'adage « *error juris nocet* », c'est par peur que les tribunaux ne soient pas en mesure de résoudre les délicats problèmes de preuves suscitées par l'erreur de droit. Mais les pénalistes modernes n'ont pas craint de battre en brèche, comme

¹ DUGUIT B. 14 p. 647.

² ROUX B. 54 p. 180.

inique et absurde, l'irrecevabilité d'une exception tirée de l'erreur de droit. BINDING attribue le succès de l'axiome « *error juris nocet* » à la difficulté qu'éprouvent (autrefois surtout) les tribunaux à apprécier les faits allégués pour leur défense par les contrevenants. On a donc préféré éliminer la question des débats en déclarant l'erreur de droit inexcusable. Dans un procès pénal, on ne se préoccupa plus de l'attitude de celui qui était dans l'erreur, ou des circonstances dans lesquelles il y était tombé, mais uniquement de l'objet sur lequel elle avait porté. Ce principe se généralisa et fut appliqué même lorsqu'il n'était pas consacré par une loi pénale. Enfin, il a gagné toutes les disciplines du droit, et Binding estime qu'il y cause grand dommage. HAFTER ¹ s'exprime en termes tout aussi vigoureux : « Er hat unendliches Unheil gestiftet und gilt trotzdem noch heute — namentlich auch im schweizerischen Strafrecht — fast wie ein Dogma » et plus loin : « Der Rechtsirrtum wurde gefasst als ein Irrtum über das Bestehen und den Inhalt des Strafgesetzes. Um den Satz von der Unbeachtlichkeit dieses Irrtums zu retten, verknüpfte man mit ihm die ungeheuerliche Rechtsvermutung, von jedem mit Verstand begabten Menschen werde als rechtlich gewiss angenommen, dass er die Strafgesetze kenne. » Hafter est l'auteur qui nous paraît répondre avec le plus de netteté au principal argument, sans cesse invoqué, à savoir que l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » est une nécessité sociale assurant la notoriété de la loi et la stabilité de l'ordre juridique. Cet auteur affirme que c'est non seulement faux, mais improuvable : « Wahr ist vielmehr, dass das Dogma von der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums auf einer Fiktion beruht, für die keine staatliche Notwendigkeit besteht und dass der Satz « *error juris nocet* » den strafrechtlichen Schuldgedanken schlimm verletzt. »

¹ HAFTER B. 26 p. 183.

L'abandon de ce dogme ne compromet ni la connaissance ni le respect des lois, car les tribunaux peuvent apprécier les motifs d'ignorance. En admettant que, malgré sa diligence, un prévenu pouvait ignorer telle interdiction, les cours de justice ne portent aucune atteinte à l'ordre public; en effet, elles n'affirment pas que la loi ne liait pas l'accusé, elles reconnaissent que, sans faute de sa part, il n'a pu observer une loi obligatoire, que dès lors il n'a commis aucun délit et doit être libéré. La notoriété et le respect des actes législatifs ne peuvent que grandir dans un Etat où les tribunaux sont assez forts et bien outillés pour punir les ignorants coupables et blanchir les innocents.

Plus on approfondit l'étude du slogan « *error juris nocet* », plus on est frappé de constater qu'il voile la faillibilité de la justice pénale. Aveu d'impuissance, il ne peut que s'affaiblir au fur et à mesure que le droit pénal ira se perfectionnant.

4^e conclusion préliminaire: Le principe « error juris nocet » n'est pas nécessaire à la notoriété et à l'efficacité maximum des lois et règlements.

c) L'adage « *error juris nocet* » a-t-il cours en droit fédéral ?

Le « *jus scriptum* » est muet. Il n'a pas consacré expressément l'adage « *error juris nocet* » comme le faisait par exemple l'art. 69 de l'ancien code pénal neuchâtelois en ces termes : « Nul ne peut s'excuser en alléguant qu'il ignore ou qu'il a mal compris la loi pénale. » Néanmoins, il ne fait aucun doute que jusqu'à ces derniers temps la même règle s'appliquait en droit fédéral. En 1875 le T.F. l'avait pleinement admis dans son arrêt de principe relatif à une loi fédérale insérée à la F.F. (à ce moment-là encore, organe officiel de publication des lois et règlements de la Confédération) : la commune d'Oberurnen avait laissé expi-

rer le délai pour recourir au T.F. conformément à l'art. 25 de la loi fédérale en matière d'expropriation. La commune adressa un recours tardif invoquant à sa décharge que ladite loi fédérale n'avait pas été publiée dans le canton de Glaris, qu'ainsi la commune d'Oberurnen l'avait ignorée. Le T.F. rejeta le recours, jugeant mal fondées les raisons invoquées, puisque la loi avait paru dans la F.F. : « Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, dass Unkenntnis der Gesetze niemals zu Recht entschuldigt, dass vielmehr bei jedem handlungsfähigen Bürger vorausgesetzt werden darf und muss, dass er die Gesetze kenne. Kennt er sie nicht und unterlässt er es auch, sich am richtigen Orte zu erkundigen, so hat er es eben seiner eigenen Nachlässigkeit allein zuzuschreiben, wenn er in Nachteil gerät. »

A cette rigidité primitive devaient succéder peu à peu des conceptions plus humaines. Les travaux faits à l'occasion du code pénal suisse du 21 décembre 1937 allaient entr'ouvrir la porte aux idées nouvelles tendant à exclure la culpabilité de tout prévenu victime d'une erreur de droit.

L'art. 20 du C.P.S. a la teneur suivante :

« La peine pourra être atténuée librement par le juge (art. 66) à l'égard de celui qui a commis un crime ou un délit, alors qu'il avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Le juge pourra aussi exempter le prévenu de toute peine. »

Cette disposition s'applique-t-elle à celui qui viole un décret par ignorance ? D'après les commentaires, la chose ne fait pas de doute¹; l'erreur de droit type visée par l'art. 20 est celle que combat l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ».

Dans quelle mesure cet article permet-il de libérer

¹ Voir notamment LOGOZ B. 44 p. 77, THORMANN et VON OVERBECK B. 64 tome 1, p. 107 et 108.

celui qui contrevient à une loi ou à un règlement par une ignorance qui n'est due ni à une intention délictueuse, ni à la négligence ? A-t-il aboli l'inexcusabilité de l'erreur de droit ? Ce serait aller trop loin que de l'affirmer. Le C.P.S. a remis la question entre les mains du juge. Il est donc « resté à mi-chemin »¹. Le texte de l'art. 19 du projet de 1908 était plus restrictif encore; il donnait au juge la compétence d'« atténuer la peine », si le prévenu avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Sur proposition de la commission du Conseil national, le législateur fit un pas de plus et permit au juge de « libérer » un prévenu de toute peine (Bulletin sténographique du Conseil national 1928, p. 88). C'était renforcer encore la tendance du code de ne punir que l'intention délictueuse et la négligence². Toutefois, le juge a encore la faculté de dire « error juris nocet », même si ces conditions ne sont pas réalisées.

L'art. 20 C.P.S. n'en porte pas moins une grave atteinte au dicton « nul n'est censé ignorer la loi ». Remis à l'appréciation du juge, il ne subsiste que dans la mesure où ce magistrat le veut bien. Si le caractère obligatoire des lois et règlements et leur efficacité dépendaient de son maintien, ils seraient dangereusement ébranlés. Fort heureusement il n'en est rien, l'ordre juridique paraissant fondé sur des soubassements plus solides. Sinon, comment s'expliquerait-on qu'un principe de cette importance soit confié au juge auquel on donnerait en même temps la faculté d'en faire fi ? Ne l'aurait-on pas au contraire inscrit en lettres d'or dans la Constitution ? Remis à la jurisprudence, son

¹ Logoz B. 44 p. 77.

² Le message du C.F. à l'Assemblée fédérale du 23 juillet 1918 s'exprime ainsi : « C'est un des mérites du projet que d'avoir appliqué plus rigoureusement qu'aucun autre code existant le principe de la répression subordonnée à la culpabilité, à l'exclusion de toute peine pour les conséquences fortuites. »

application subira l'influence des conceptions actuelles du droit pénal, qui lui sont nettement opposées ¹.

5^e conclusion préliminaire : L'adage « error juris nocet » ne vaut en Suisse que dans la mesure où le juge en fait usage, ce à quoi il n'est pas obligé.

Par les développements qui précèdent (sous lettre A), nous croyons avoir établi qu'au point de vue juridique le « principe général du droit public », selon lequel seuls les actes publiés dans l'organe officiel sont obligatoires, ne résiste pas à un examen critique.

Contrairement à ce que ses adeptes affirment, le caractère obligatoire ne dépend pas de la question de savoir si tous les sujets auxquels une loi ou un règlement s'adressent en ont connaissance. En revanche, il est incontestable qu'un décret a un effet d'autant plus grand qu'il est mieux connu; cette notoriété, il peut l'acquérir sans publication dans un organe officiel, ni présomption de connaissance des lois et règlements. Ce principe, actuellement combattu, d'une manière générale par le droit pénal moderne, et par le droit fédéral en particulier, est remis à l'appréciation du juge. Il est donc faux de prétendre que seul l'organe officiel rend la loi obligatoire, puisqu'elle l'est également, si elle n'est pas portée à la connaissance des intéressés par l'organe officiel.

Dès lors, nous concluons :

Réponse à la question A (p. 77) : Un « principe général de droit public », aux termes duquel la publication des lois et des règlements dans un organe officiel serait une condition de leur caractère obligatoire, n'existe pas en droit fédéral.

¹ Dans son arrêté le plus récent (Görner contre Statthalteramt de Lucerne A.T.F. 70 IV p. 97) le T.F. estime que le tribunal fédéral ne doit pas seulement réduire la peine, mais libérer le prévenu qui se croyait en droit d'agir, ceci en vertu du principe « pas de châtement sans faute ». Ainsi, le T.F. porte un coup mortel au principe *error juris nocet*.

B. 2^e argument : *La publication des lois et règlements au R.O. serait une condition de leur caractère obligatoire en vertu du droit fédéral positif.*

Cet argument est le plus fréquemment invoqué. A qui demande le sens de la publication des actes législatifs au R.O., on cite immédiatement les articles 7 et 14 de la loi de 1874, 33 et 36 de celle de 1902; dispositions qui régleraient entièrement la question.

1. Droit écrit :

a) Défaut de réglementation constitutionnelle :

Avant d'aborder l'étude des dispositions, citées ci-dessus, notons que la Constitution fédérale de 1874 est muette sur la publication des lois et règlements. Que signifie ce silence ?

On dit qu'il est sans importance; dès l'instant où une norme fait d'un certain acte de publication des décrets une condition de leur caractère obligatoire, cette règle est déterminante, sans égard à son rang hiérarchique. Qu'elle soit d'essence constitutionnelle, légale ou réglementaire, peu importe, puisque le public est tenu de la respecter tout aussi scrupuleusement. LABAND dit à ce sujet : « A cet égard, il est sans importance de savoir si la règle de droit a pris forme de loi ou de règlement. Le point essentiel, le seul qui importe, c'est que l'insertion qui confère force de loi au texte publié dans un certain organe soit conforme à la règle de droit applicable. ¹ »

Que vaut cet argument ?

A notre avis il n'est pas juridique. Dire que le public doit respecter une disposition réglementaire autant qu'une

¹ « Ob die Rechtsvorschrift im Wege des Gesetzes oder in der Form der Verordnung erlassen wird, macht in dieser Beziehung keinen Unterschied. Der wesentliche Punkt, auf welchen es allein ankommt, ist der Rechtssatz, welcher dem Abdruck in einem gewissen Blatt die Kraft der Verkündigung beilegt. » — LABAND B. 40 p. 108.

loi ne prouve rien, car si la loi modifie le règlement ou même une loi antérieure, le public devra appliquer la nouvelle disposition tout aussi exactement que l'ancienne. Nous avons vu au titre II que les lois subissent la puissance normative de la Constitution. Lorsque cette dernière déclare obligatoires (comme en Allemagne avant 1933) les seuls actes législatifs publiés dans l'organe officiel, cette règle vaut tant que la Constitution n'est pas modifiée. Si, au contraire, elle se tait, la publication des lois et règlements par l'organe officiel n'est pas une condition absolue de leur caractère obligatoire. Ce caractère, l'acte le possède virtuellement sans insertion au dit organe. Le législateur peut le faire dépendre de la publication dans un recueil officiel ou y renoncer. Nous ne disons pas qu'il pourrait supprimer tout acte de publication (ce problème, qui n'est pas en cause ici, sera examiné plus tard (p. 157 et s.) mais qu'il lui est loisible de se passer d'un organe officiel.

Supposons qu'en vertu des lois de 1874 et de 1902 seuls les textes insérés au R.O. sont obligatoires; cette règle s'impose-t-elle aux autres lois ? Non, car une loi peut modifier la règle posée par sa devancière soit d'une manière générale, soit dans un cas particulier. Si elle ordonne pour elle-même un autre mode de publication, elle ne liera les particuliers qu'après avoir été publiée en conséquence.

On le contestera vraisemblablement en disant que, pour être obligatoire, l'acte qui modifierait les lois de 1874 et de 1902 (toujours à supposer qu'elles subordonnent le caractère obligatoire des actes législatifs à leur publication au R.O.) devrait lui aussi être publié préalablement au R.O. Nous ne pouvons l'admettre; cela signifierait qu'une loi peut régler le caractère obligatoire d'une autre loi, ce qui n'est pas vrai. Dans le cadre de la Constitution, le législateur est souverain, et il fixe l'entrée en vigueur des lois à sa convenance.

En général la loi ne se prononce pas sur sa propre publication. Elle s'en remet à la norme antérieure qui règle la question d'une manière générale. Supposons que cette norme déclare que seuls les décrets publiés dans l'organe officiel sont obligatoires. Toute nouvelle loi qui ne modifie pas pour elle-même cette disposition n'est obligatoire qu'après avoir été insérée au dit organe, car le législateur est censé ratifier tacitement la réglementation antérieure; en effet, s'il avait voulu faire connaître la loi autrement, il l'aurait dit expressément. Le gouvernement qui passerait outre à la volonté exprimée tacitement par le législateur, en ne publiant pas le décret au R.O., ne le rendrait pas obligatoire. Il convient donc d'étudier les prescriptions en vigueur du droit fédéral, car si elles subordonnaient le caractère obligatoire des actes législatifs à leur insertion au R.O., toutes les lois qui ne dérogeraient pas expressément à cette règle et tous les règlements d'une importance générale devraient y figurer pour entrer en vigueur.

Nous résumons donc la situation créée par le silence du constituant fédéral en ces termes :

1^{re} conclusion préliminaire : La publication des lois et règlements fédéraux au R.O. n'est une condition de leur caractère obligatoire que si le législateur en décide ainsi. Si une loi ne règle pas ce point, les prescriptions établies à titre général par une loi antérieure lui sont applicables.

A notre avis, lorsque cette norme antérieure est d'essence réglementaire, le gouvernement chargé d'insérer la loi à l'organe officiel peut la modifier dans un cas particulier, puisqu'il n'est pas lié par ses propres édits. Tout dépend donc du droit positif fédéral.

b) Etude des dispositions légales applicables :

Ceux qui estiment que seuls les textes insérés au R.O. sont obligatoires, invoquent à l'appui de leur thèse les articles de lois fédérales qui ont trait à la publication.

α. Interprétation littérale.

Deux lois sont à considérer. La première a pour but de fixer les modalités du referendum. C'est celle du *17 juin 1874 concernant les votations populaires sur les lois et arrêtés fédéraux* (R.O. n.s. I, p. 97 — A.S. I p. 116 — R.O.(ital.) I p. 114). Ses articles 7 et 14 règlent la publication des lois (lois proprement dites et arrêtés fédéraux de portée générale non urgents).

Art. 7 al. 1: « Lorsque, dans les quatre-vingt-dix jours dès la publication d'une loi ou d'un arrêté fédéral dans la F.F., aucune demande de votation populaire n'a été formulée, ou si, ayant été formulée, le dépouillement et l'examen officiels des pétitions démontrent qu'elle n'est pas signée par 30.000 citoyens, ou huit cantons, le Conseil fédéral arrête l'entrée en vigueur de la dite loi ou dudit arrêté et ordonne son exécution et son insertion au Recueil officiel des lois de la Confédération. »

Art. 14: « La loi ou l'arrêté doit être considéré comme adopté lorsqu'il a été accepté par la majorité des citoyens suisses qui ont pris part au vote. Dans ce cas, le Conseil fédéral en ordonne l'exécution et l'insertion dans le Recueil officiel des lois de la Confédération. »

Ces deux dispositions mentionnent l'exécution des lois avant de prescrire leur insertion au R.O., ce qui nous paraît signifier que l'acte pourrait être appliqué antérieurement à sa parution au dit recueil (p. exemple après avoir été publié autrement). Cette impression se dégage encore plus fortement des rédactions allemande et italienne de l'art. 7 « *in fine* »; on y lit que le C.F. déclare la loi en vigueur, puis l'insère au R.O. et pourvoit à son exécution¹. Quoi

¹ Le texte allemand de l'art. 7 *in fine* est ainsi conçu : « ... so erklärt der Bundesrat das betreffende Bundesgesetz oder den betreffenden Bundesbeschluss als in Kraft getreten, und ordnet dessen Vollzug und Aufnahme in die amtliche Gesetzsammlung an. »

A première vue il paraît ne pas faire de doute que la publication suit

qu'il en soit, il est certain que ni l'art. 7 ni l'article 14 ne disent que la publication au R.O. est une condition du caractère obligatoire des lois et règlements.

La seconde loi applicable est celle du 9 octobre 1902 sur « les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés » (R.O. 19 p. 353, A.S. 19 p. 386, R.O. (ital.) 19 p. 369).

Art. 33 : « Toutes les lois, les arrêtés et ordonnances d'une importance générale, ainsi que les traités avec les Etats étrangers après l'échange des ratifications, seront publiés dans le Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse.

» Les prescriptions de la loi fédérale du 17 juin 1874 font règle en ce qui concerne les lois et arrêtés soumis au referendum. »

Art. 36 : « Si la date de l'entrée en vigueur d'une loi, d'un arrêté fédéral ou d'une ordonnance n'est pas indiquée dans ces actes eux-mêmes, elle est fixée par le Conseil fédéral et publiée en même temps que la loi, l'arrêté ou l'ordonnance.

» Dans la règle cette date ne doit pas être antérieure au cinquième jour qui suit la publication.

» Si l'époque de l'entrée en vigueur n'a pas été fixée, l'acte législatif dont il s'agit entre en vigueur cinq jours après sa publication. Si les différents textes ne sont pas

l'entrée en vigueur. Pourtant à l'art. 14 on assiste à une modification de rédaction : « In diesem Falle ordnet der Bundesrat dessen Aufnahme in die amtliche Gesetzsammlung und Vollziehung... » N'y a-t-il pas contradiction entre ces deux articles ? Voyons le texte italien : Art. 7 *in fine* : « ... il Consiglio federale dichiara essere quella legge federale, o quel decreto o risoluzione federale di cui si tratta, entrato in vigore, e ne ordina l'esecuzione e l'inserzione nella Raccolta ufficiale delle leggi. » Art. 14 al. 2 : « In tal caso, il Consiglio federale ne ordina l'inserzione nella Raccolta ufficiale delle leggi e la esecuzione. »

Situation analogue au texte allemand.

publiés simultanément, le délai de cinq jours court à partir de la dernière publication.¹ »

Ici non plus il n'est pas dit que l'insertion au R.O. est une condition du caractère obligatoire des décrets. A l'alinéa 3, l'art. 36 tend à remédier à la carence éventuelle d'un gouvernement qui ne fixerait pas l'entrée en vigueur d'un acte législatif. Si cette mesure est utile, elle ne permet nullement de conclure que le C.F. ne pourrait pas rendre un règlement obligatoire après l'avoir publié ailleurs qu'au R.O. Le but de la publication ordonnée par les articles 33 et 36 ne nous est pas révélé. Il est possible que ce soit le caractère obligatoire, mais la publication au R.O. pourrait aussi n'être qu'une mesure d'ordre. A titre de comparaison citons l'article premier du code civil français dans sa forme originaire : « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par... »², ou l'art. 2 de la constitution du 1^{er} Empire allemand : « Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichs wegen... ».

Les articles 33 et 36 de la loi de 1902 n'affirment rien de semblable. Dire qu'ils subordonnent le caractère obligatoire des lois et règlements à leur insertion au R.O. ne résulte pas d'un examen exégétique.

Pourrait-on nous objecter que cette imprécision des textes s'expliquerait par la clarté de ceux qui les ont précédés ? Dans ce cas, les nouvelles dispositions n'auraient fait que consacrer tacitement les anciennes, se bornant à ordonner la publication dans le R.O. Pour savoir ce qui en est, nous examinerons brièvement les normes applicables depuis 1848.

¹ Les rédactions allemande et italienne n'ont pas un sens différent du texte français, si ce n'est sur la portée du mot « importance générale » figurant à l'art. 33. Nous y reviendrons tout à l'heure à p. 110 et s.

² Par « promulgation » le législateur entendait dans ce cas la publication.

Sous l'empire de la Constitution de 1848, qui ne connaissait pas le referendum en matière législative, la F.F. était l'organe de publication officiel des lois et ordonnances de la Confédération. Instituée par *ordonnance du C.F. du 5 mars 1849 relativement à la publication d'une Feuille fédérale*¹, sa tâche était définie par la première moitié de l'art. 2 en ces termes :

« La Feuille fédérale est divisée en deux parties. Dans la première partie seront insérés les lois, les décrets et les arrêtés de la Confédération, les ordonnances, les décrets et les arrêtés du Conseil fédéral, les publications des tribunaux de la Confédération.

» Les projets de lois, des décrets et arrêtés de la Confédération, les élections faites par les autorités fédérales, les publications.

» Les communications officielles et les résolutions des autorités fédérales qui sont destinées à la publicité. »

Cette ordonnance avait pour but de créer un organe officiel de publication et de prescrire son contenu, qui comprenait notamment les lois et règlements. Ceux-ci ne devenaient-ils obligatoires que par insertion à la F.F. ? Cela ne résulte pas de l'article 2 formulé en termes trop généraux pour qu'on ait pu en tirer argument dans un sens ou dans l'autre. Cette disposition visait aussi les projets de lois, les résultats des élections, auxquels la publication ne conférait certes aucun effet juridique.

Quelques mois plus tard, l'Assemblée fédérale adoptait *la loi du 22 décembre 1849 sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés*, qui est demeurée en vigueur jusqu'en 1902².

¹ R.O. 1 p. 275 A.S. 1 p. 275 R.O. (ital.) 1 p. 439.

² R.O. p. 282 A.S. 1 p. 279 R.O. (ital.) 1 p. 478.

Son article 19 disposait :

« Toutes les lois, les règlements et arrêtés sont insérés sur expédition authentique dans la F.F.

» Les lois ainsi que les règlements et arrêtés d'une importance générale seront imprimés aux frais de la Confédération dans les trois langues nationales et communiqués aux gouvernements cantonaux pour être publiés sans délai. »

L'art. 21 complétait cette prescription :

« Si le terme dans lequel une loi, un règlement, un arrêté doit entrer en vigueur n'y est pas fixé, le Conseil fédéral le fixera dans l'ordonnance d'exécution, et cela dans la règle exactement ou approximativement à l'époque de la publication. ¹ »

Ici, même remarque que précédemment. L'art. 19 ne dit pas que la publication dans la F.F. soit une condition du caractère obligatoire des lois et règlements. Telle interprétation ne résulte pas non plus de l'article 21 qui précise que « dans la règle » le C.F. fixera l'entrée en vigueur avant la publication, ce qui laisse entendre que le caractère obligatoire de l'acte pouvait précéder la publication dans la F.F. Cet organe ne devait d'ailleurs pas tarder à changer de caractère en application de *l'arrêté du C.F. du 24 mars 1851, touchant une publication plus convenable de la Feuille fédérale*. Ce règlement créait le R.O. en ces termes :

Art. unique. « Les lois, ordonnances, règlements, décrets et arrêtés qui sont entrés en vigueur ne devront plus à dater du 1^{er} juillet 1851 être insérés dans le texte de la Feuille fédérale, mais paraîtront séparément avec cette Feuille comme continuation du Recueil officiel. » (R.O. 2 p. 340, A.S. 2 p. 344, R.O. (ital.) 2, p. 339.)

¹ Nous passons sur les textes allemand et italien, qui ont le même sens que la rédaction française.

Le texte parle des lois et règlements « entrés en vigueur » (die in Kraft getreten sind) ¹. Ceux-ci étaient donc obligatoires au moment de leur insertion dans ce recueil. A la lumière du texte allemand, cette objection paraît, il est vrai, n'avoir qu'une valeur relative, puisque le mot « Inkraft-treten » est employé tantôt pour désigner la « validité » (Gültigkeit), tantôt le « caractère obligatoire » (Verbindlichkeit) de la loi ². Cependant, la version italienne qui utilise les mots « entrati in vigore » vient confirmer la rédaction française. C'est donc bien un acte obligatoire que le C.F. voulait insérer au R.O. ³.

Nous voyons donc que les lois antérieures à celles de 1874 et de 1902, pas plus que celles-ci, ne permettent de conclure que l'insertion à l'organe officiel est un élément du caractère obligatoire des actes législatifs. Une impression inverse se dégage de plusieurs d'entre elles; les pouvoirs publics paraissent avoir entendu garder une certaine liberté dans la fixation de la date d'entrée en vigueur.

2^e conclusion préliminaire : Une interprétation grammaticale des dispositions légales du droit fédéral de 1848 à nos jours, ne permet pas de conclure que le caractère obligatoire des lois et règlements soit subordonné à leur insertion au R.O. (autrefois à la F.F.).

On fera observer, non sans raison, qu'un article de loi n'a un sens que par l'esprit qui l'anime. Certes, mais comme l'exprimait l'art. 5 du titre V du livre préliminaire qui devait primitivement figurer dans le code Napoléon : « Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit », mais ici on doit reconnaître que le sens des articles 33 et 36 de la loi

¹ A.S. a.s. 2 p. 344.

² V. SALIS B. 57 p. 197, N° 387, en donne un intéressant exemple.

³ Nous verrons que le C.F. ne voyait aucun inconvénient à déclarer un acte obligatoire avant de le publier.

de 1902 n'est pas clair. Nous tenterons donc ci-après de le déterminer :

β. Interprétation à la lueur des « conceptions générales du droit ».

Pour interpréter les dispositions citées sous 2, les moyens ne manquent pas. On recourt toujours volontiers à l'intention du législateur qui révèle fréquemment la portée de dispositions maladroitement rédigées. Le T.F. reconnaît la valeur des matériaux : « Si le sens de la loi ne s'y trouve pas nécessairement, il peut déjà y être exprimé »¹. Or quelle est la pensée des auteurs de la loi de 1902 ? Elle nous est révélée par le « message » du C.F. à l'Assemblée fédérale du 30 mai 1899 (F.F. 1899 tome 2 p. 653). Ce message paraît adopter d'emblée la théorie de la publication formelle : « Une loi, comme on sait, ne devient obligatoire pour tous, n'entre effectivement en vigueur, qu'après avoir été promulguée dans les formes établies. Cette promulgation s'effectue en règle générale par la publication de la loi et de la clause d'exécution dans la feuille officielle de l'Etat intéressé. C'est de cette manière aussi qu'a procédé la Confédération après 1848. Tous les actes législatifs des autorités fédérales furent insérés, avec la clause d'exécution, dans le texte de la Feuille fédérale; ils devenaient ainsi, d'après les principes généraux du droit public, obligatoires pour la population suisse tout entière et nul n'était admis à exciper de son ignorance. »

Ce passage est sans équivoque : Pour être obligatoire, un acte législatif doit paraître au R.O. Ce n'est donc pas sans surprise que nous trouvons dans le même message : « Les actes entrés en vigueur (die in Kraft erwachsen sind, entrati in vigore) ne furent ni ne sont plus, en règle générale, insérés dans le texte de la Feuille fédérale; ils n'en font plus partie intégrante; ils y sont joints par feuilles d'impres-

¹ A.T.F. 65 I 43.

sion comme annexe, avec une pagination propre, sous le titre de Recueil officiel. »

Cette citation contredit la précédente; ne dit-elle pas que seuls les textes obligatoires sont insérés au R.O. ? Cette impression de flottement s'accroît tout au long du message; on peut donc se demander si l'auteur savait lui-même exactement quel sens il entendait donner à l'insertion des lois et règlements au R.O. Dans ces conditions, comment pourrait-on interpréter des dispositions ambiguës, en recourant à l'intention du législateur qui l'est encore davantage ? Ce serait téméraire. Et même si la pensée de l'auteur de la loi s'était exprimée clairement, nous croyons qu'il faudrait se garder d'y attacher trop d'importance. Il convient de se rappeler que, leur œuvre faite, les conseils et commissions la soumettent au peuple qui l'accepte expressément ou tacitement, indépendamment de l'intention de leur auteur ¹. Le T.F. dit à ce sujet : « Nun ist aber nicht entscheidend, was der Gesetzgeber bei Erlass einer Bestimmung gewollt hat, sondern was dem Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist. » ²

Voilà le critère : les « conceptions générales du droit »; ce sont elles qui doivent nous guider dans notre œuvre d'interprétation.

Les partisans de la publication formelle nous répondront que ces conceptions sont en leur faveur. Il suffirait de consulter la doctrine et la jurisprudence pour s'en convaincre. Si les auteurs suisses, qui se sont prononcés sur la question, sont rares, ils seraient unanimes. Leur thèse

¹ Dans l'arrêt A.T.F. 56 II 74 le T.F. déclare : « Reicht der Wortlaut zur Entscheidung einer Frage nicht aus, weil er unvollständig oder zweideutig ist, so hat ihn der Richter nach seinem vernünftigen Urteil zu ergänzen. Das Gesetz trennt sich also bei seinem vom tatsächlichen Willen des geschichtlichen Gesetzgebers. »

² A.T.F. 63 II 155.

consisterait à déclarer qu'il n'est nullement besoin que les dispositions applicables précisent que les lois et règlements doivent paraître au R.O. pour être obligatoires. Il suffit que la législation ait institué un organe officiel pour que son caractère soit exclusif. Cette idée a été émise d'abord par l'Autrichien LUKAS : « So fest ist der Satz von dem obligatorischen respektiven exklusiven Charakter des Gesetzblattes dem deutschen Rechtsbewusstsein von jeher eingeprägt gewesen, dass derselbe nur in einzelnen deutschen Staaten eine ausdrückliche Formulierung gefunden hat. In vielen anderen findet sich statt dessen lediglich die unklare Bestimmung, dass in das Gesetzblatt « alle » Gesetze, etc. aufgenommen werden « sollen ». Das ändert aber an der Tatsache nichts, dass der obligatorische Charakter des Gesetzblattes Gemeingut der deutschen Rechtsentwicklung ist. ¹ »

Cette citation vise le droit allemand, mais les auteurs suisses exprimeraient la même idée. Ainsi FLEINER : « Als verbindlich gilt der in der eidgenössischen Gesetzsammlung abgedruckte, mit der Unterschrift der Präsidenten und Protokollführer der beiden Räte versehene Text. ² » AFFOLTER ³ est dans le même sens. Plus récemment ZUMBACH : « Danach kann keinem Zweifel unterliegen, dass nur der Text der amtlichen Gesetzsammlung Anspruch auf authentische Geltung erheben kann. Diese amtliche Sammlung ist es auch, die hinsichtlich des Beginns der Wirksamkeit Regel schafft, indem diese fünf Tage nach der Veröffentlichung eintritt, sofern im betreffenden Erlass nichts anderes gesagt ist. Wir haben also eine gesetzliche Präsomption vor uns, die eine klare Rechtslage geschaffen hat. ⁴ »

¹ LUKAS B. 46 p. 209 à 212.

² FLEINER B. 19 p. 409.

³ AFFOLTER B. 1 p. 113.

⁴ ZUMBACH B. 69 p. 477.

La jurisprudence du T.F. serait dans le même sens. Citons pour mémoire l'arrêt *Chalton*, qui s'applique à une loi fribourgeoise, mais dont l'argumentation n'est pas limitée au droit cantonal : « Il y a lieu d'abord d'admettre avec le recours que d'une manière générale une loi n'est applicable qu'à la condition d'avoir été dûment publiée et que cette publication doit en particulier être effectuée conformément aux dispositions légales ou constitutionnelles. » L'arrêt *Lolli* (voir p. 66) serait plus significatif encore, puisqu'il a trait à l'interprétation des mots « entre immédiatement en vigueur », dans un arrêté fédéral de portée générale urgent. Après s'être référé à Laband et avoir cité l'art. 36 de la loi de 1902, le T.F. déclare : « Sans aucun doute, la conception selon laquelle il n'est pas question qu'un acte législatif entre en vigueur avant sa publication, est inspirée de cette disposition. ¹ » Enfin cette thèse serait si générale que récemment encore la Division de justice du Département de justice et police n'interprétait pas la loi de 1902 autrement. En 1939 un service de l'Administration fédérale lui avait demandé si une ordonnance du Département de l'économie publique sur l'approvisionnement du pays en semences de maïs devait paraître au R.O., ou si sa publication dans la Feuille officielle suisse du commerce était suffisante. Rappelant l'art. 33 de ladite loi, la Division consultée affirmait que l'insertion au R.O. s'imposait puisque l'acte incriminé contenait des dispositions pénales. La publication dans la Feuille officielle suisse du commerce d'édits d'importance générale pouvait être considérée comme une facilité accordée aux milieux intéressés des affaires; à ce titre elle était recommandable, mais à elle seule cette publication

¹ « Diese Vorschrift geht also unverkennbar von der Auffassung aus, dass ein Inkrafttreten eines gesetzgeberischen Erlasses vor dessen Veröffentlichung nicht in Frage kommen kann. »

n'était pas suffisante (keine hinreichende Form der Veröffentlichung) ¹.

Ces divers témoignages sont-ils déterminants ? Nous en doutons, car s'il est vrai que la doctrine et la jurisprudence sont les sources vivantes du droit, qu'elles suivent de près son évolution et la devancent même souvent, nous nous demandons si c'est le cas en l'espèce. Nous craignons, bien au contraire, qu'elles ne se soient cramponnées à une conception qui fleurissait à l'étranger surtout, il y a cinquante ans. La preuve est aisée : FLEINER est un émule de LABAND ; le § 43 (p. 399 et s.) de son commentaire (dont nous avons extrait le passage incriminé) reproduit exactement la division de la procédure d'élaboration des lois établies par le juriste allemand. ZUMBACH cite LABAND et s'appuie essentiellement sur lui. Dans ses arrêts *Chalton* et *Lolli*, le T.F. s'y réfère également ; enfin, la Division de justice puise son argumentation dans l'arrêt *Lolli*. Ainsi tous les fils aboutissent à LABAND. Nous ne pensons diminuer en rien l'autorité de cet éminent juriste de l'école classique en disant qu'il n'a pas le « monopole de la vérité juridique » ². Ses idées étaient en harmonie avec l'art. 2 de la constitution de Bismarck, mais le sont-elles avec le droit fédéral d'aujourd'hui ? N'est-il pas quelque peu osé pour les juristes suisses de les adopter sans se soucier des particularités de notre droit, dont la Constitution même ignore la publication des lois et règlements et « a fortiori » le R.O. ? Remarquons que les auteurs cités et le T.F. ne motivent nullement leur avis ; ils affirment seulement que la chose « est entendue », « qu'elle ne fait pas de doute ». Ils se réfèrent à des déductions anciennes, dont ils ne nous font point part.

Une interprétation des art. 33 et 36 de la loi de 1902,

¹ Jurisprudence administrative de la Confédération 1939 p. 19.

² Cette expression est empruntée à MASNATA B. 47 p. 87, alors qu'il se réfère à Laband dans d'autres circonstances.

à la lueur « des conceptions générales du droit », doit à notre avis tenir compte des exigences de la vie. Les textes subissent la marque du temps. Il vient un jour où le lecteur n'y retrouve plus l'esprit que l'auteur a voulu leur donner. Il l'interprète selon les conceptions actuelles, qui sont déterminantes, car seules positives. Or il n'est pas possible d'ignorer que depuis cinquante ans des éléments nouveaux sont survenus, qui nous engagent à reviser le dogme de la publication formelle. Ce sont, d'une part, les progrès de la technique de l'information, d'autre part la faculté pour le juge d'excuser l'erreur de droit.

1. Développement de la technique de l'information :

Nous avons dit plus haut que seuls les actes législatifs notoires pouvaient être appliqués par l'ensemble des intéressés. L'Etat doit donc se fixer pour tâche de faire connaître ses édits d'une façon aussi étendue que possible. La Révolution française a supprimé le système matériel, car elle l'estimait inapte à assurer une information rapide et suffisante. Notons en passant que la faillite de ce système était due non pas tant à des difficultés techniques, qu'à l'incapacité politique du régime de se faire obéir de ses organes administratifs subalternes. Quoi qu'il en soit, la multiplicité des actes d'information ne paraissait pas suffisante, à cette époque, pour assurer la notoriété et le respect des lois et règlements. On estimait qu'un organe officiel, censé connu de tous, lui était préférable. Rappelons que le but premier du brocard « nul n'est censé ignorer la loi » n'est pas de punir des coupables, mais d'assurer la notoriété de la loi en obligeant les intéressés à en prendre connaissance. Aujourd'hui, qu'on l'applique ou qu'on l'abandonne, il est plus long de réaliser la notoriété fictive des lois et règlements que de les faire connaître réellement aux intéressés. Nous voulons dire par là que l'impres-

sion d'une prescription dans un organe officiel prend plus de temps que l'information matérielle de tous les particuliers par radio ou par les journaux. Pourquoi recourir alors à un moyen purement fictif, s'il est possible d'arriver dans le même ou en moins de temps à un meilleur résultat en procédant autrement ? La radio, les quotidiens à grand tirage, expédiés et lus le même jour dans tout le pays, n'ont rien de commun avec les enregistrements par les parlements de province de l'ancien temps, avec les lectures en chaire, les affichages au pilier public, etc. Ces procédés d'ailleurs n'ont pas perdu leur utilité; ils se sont modernisés, eux aussi, et il est possible d'imprimer et d'apposer le même jour des affiches dans tout le pays; les mobilisations l'ont prouvé.

2. Excusabilité de l'erreur de droit :

A son tour, l'art. 20 du C.P.S. apporte un élément nouveau dans la discussion. Dès l'instant où le juge a la faculté de libérer une personne qui, sans faute de sa part, a violé par ignorance un décret publié au R.O., ce moyen se trouve d'emblée mis en état d'infériorité vis-à-vis de la publication matérielle. Il est indéniable que la population est mieux renseignée par les journaux, affiches et communications radiophoniques que par le R.O., qui n'est guère consulté que par les juristes; ils assurent une diffusion incomparablement plus grande que le R.O. Il sera donc plus facile à un contrevenant de faire valoir que malgré sa diligence il n'a pas eu et pu avoir connaissance d'une prescription parue au R.O. que si elle a été reproduite dans son propre journal. Exemple : le C.F. décrète le 1^{er} juillet que la vente des petits pains frais sera interdite dès le lendemain à 8 h. du matin. Si l'interdiction paraît au R.O. seulement (supposé qu'un numéro spécial soit édité le jour même), il est vraisemblable que rares seront ceux

qui en auront connaissance et l'appliqueront le 2 juillet. En revanche, si l'interdiction a été communiquée par radio à l'émission du soir et répétée à celle du matin, les boulangers seront immédiatement renseignés, soit directement, soit par leurs clients.

Juridiquement, le R.O. ne présente plus pour l'Etat le même intérêt qu'avant, puisque l'insertion dans cet organe ne le met pas à l'abri d'exceptions basées sur l'erreur de droit des contrevenants. Les tribunaux peuvent condamner l'inculpé, mais ils n'y sont pas obligés et ils sont autorisés à le libérer entièrement. En cas d'urgence, les pouvoirs publics seront donc contraints de faire usage de moyens de publication plus rapides que le R.O. De même, pour apprendre cette mesure à un groupe professionnel déterminé, ou à la population d'une région, on enverra des circulaires ou on apposera des affiches (nous examinerons plus loin si, en pareils cas, la parution au R.O. est encore nécessaire comme mesure d'ordre).

Ces deux éléments (progrès technique, et art. 20 C.P.S.), ont-ils réellement passé inaperçus des autorités, des tribunaux et de la doctrine, comme les partisans de la publication formelle le laissent entendre ? La théorie de la publication formelle est-elle vraiment incontestée ? Par quelques exemples, nous allons voir que ce n'est pas le cas :

Le 11 novembre 1918, le C.F. avait pris une ordonnance concernant les atteintes à la sûreté extérieure de la Confédération. Le même jour, un appel à la révolte était distribué au personnel des entreprises publiques de transport et de l'administration militaire. Les rédacteurs et les personnes prévenus de l'avoir diffusé furent traduits devant le tribunal de la 3^e division. Cette autorité fut d'avis que l'ordonnance en question n'était pas applicable le jour dit, faute d'avoir été publiée à l'organe officiel. Par circulaire

adressée aux tribunaux militaires, l'auditeur en chef de l'armée combattit cette thèse, en soutenant notamment : « qu'aux termes de la loi de 1902 c'est la règle seulement qui veut qu'une loi, un arrêté fédéral ou une ordonnance soient publiés lors de leur entrée en vigueur. L'ordonnance du 11 novembre 1918 avait un caractère d'extrême urgence, et le tribunal militaire de cassation avait admis expressément, dans son arrêt du 25 août 1914, que les ordonnances de cette nature pouvaient avoir effet à un jour antérieur à leur publication. Aux termes mêmes de l'ordonnance du 11 novembre 1918, l'entrée en vigueur avait lieu immédiatement. Cette ordonnance est donc entrée en vigueur au moment où elle est née. Mais même si l'on admettait la nécessité d'une publication, elle serait quand même entrée en vigueur le 11 novembre 1918, car il n'est prescrit nulle part que l'ordonnance doive être publiée dans la F.F. En cas d'urgence, la publication peut être faite d'une autre manière, ainsi par la voie des journaux. Or, l'ordonnance a été télégraphiée à toute la presse suisse et publiée le soir même par un grand nombre de journaux. ¹ »

C'est sous II, p. 157 et suiv., que nous rechercherons s'il est possible à une loi ou à un règlement d'être obligatoires sans publication préalable. Ce qui nous intéresse ici, c'est de constater que l'auditeur en chef de l'armée estimait déjà en 1918 qu'une loi déclarée en vigueur et publiée dans la presse le même jour obligeait les citoyens à s'y conformer. Par contre, il contestait la nécessité d'une insertion dans la F.F. ou au R.O.

A l'aide d'un exemple plus récent, nous verrons que la Division de justice a pris en juillet 1939 des conclusions analogues ².

¹ BURCKHARDT B. 9 p. 456 et 457.

² Le texte français n'a pas encore paru. Plutôt que de donner une traduction libre, nous transcrivons les passages importants en langue allemande : *Jurisprudence administrative de la Confédération* 1939 p. 19.

Le 5 juillet 1939, l'Office vétérinaire fédéral prenait une ordonnance N° VI barrant la frontière franco-suisse entre Grange-Fontaine et le Saut-du-Doubs en raison de la fièvre aphteuse qui sévissait sur territoire français. Ce règlement n'ayant pas été publié au R.O., le tribunal de police de La Chaux-de-Fonds acquitta un contrevenant. L'Office vétérinaire demanda alors à la Division fédérale de justice si le caractère obligatoire des ordonnances dépendait de leur publication au R.O. L'autorité consultée soutint que ce règlement n'était pas d'importance générale, parce qu'il n'émanait pas du C.F. Cela ne voulait pas dire qu'il ne devait pas être publié du tout, car sur une partie du territoire il s'appliquait à chacun. Le règlement en question était une ordonnance de droit qui devait être dûment (gehörig) publiée : « Als Form der Veröffentlichung kommt, obwohl sie nicht ausgeschlossen wird, nicht die Aufnahme in die amtliche Sammlung in Frage. Damit würde auch der Zweck gar nicht erreicht, und mit der « praesumptio juris et de jure », dass jedermann das in der A.S. publizierte Recht zu kennen habe, wäre nicht geholfen. » La Division de justice constate d'autre part que s'adressant à tous ceux qui pourraient être tentés de passer la frontière, l'ordonnance doit être « in verbindlicher Form amtlich zur allgemeinen Kenntnis zu bringen ». Ce moyen, elle le voit dans l'apposition d'affiches aux endroits usuels : « Dort wirken sie auch rascher und sicherer als in der A.S. » En outre, elle fait observer qu'en cas de danger les mesures peuvent être ordonnées même par téléphone. Personne ne pourra évidemment être puni avant que la publication ait eu lieu, mais cette publication doit être « den örtlichen Verhältnissen entsprechend ». Enfin, elle estime que les ordonnances du genre de celle qui fait l'objet de la consultation ne doivent pas être publiées au R.O., et qu'un prévenu ne pourra exciper de ce fait

pour être libéré de toute peine; on ne pourra toutefois le punir qu'une fois les affiches placardées aux endroits de passage.

La Division de justice admet donc qu'une ordonnance peut être publiée officiellement ailleurs que dans le R.O. et être obligatoire. L'insertion au dit organe serait irrationnelle, car rares sont ceux qui en auraient connaissance; le public continuerait à passer en France et à en rapporter des germes de l'épizootie. Le but poursuivi : barrer la frontière, serait manqué.

Aucun exemple ne prouve mieux que celui-ci l'inanité du principe « nul n'est censé ignorer la loi », car en cas d'insertion au R.O., même si les tribunaux punissaient tous les contrevenants, cette avalanche de condamnations n'empêcherait pas l'infection de gagner notre sol. L'autorité fédérale le constate presque avec ironie. Seules des affiches apposées visiblement aux endroits barrés empêcheront les intéressés de traverser la frontière. La Division de justice est d'accord avec l'Office vétérinaire fédéral pour demander une mise au courant collective et officielle des intéressés. Elle met là le doigt sur le point névralgique du problème.

Cet avis de droit contraste avantageusement avec celui que la Division de justice rendait quelques mois plus tard (cf. p. 142) au sujet de la publication de l'ordonnance sur l'importation des semences de maïs, où elle faisait un brusque retour aux principes généraux du droit public, principes dont nous avons nié l'existence en droit fédéral. En pareil cas, l'envoi d'une circulaire aux importateurs n'aurait-elle pas mieux valu ? On aurait touché les intéressés sans faute et d'une manière officielle. Des contraventions auraient été moins à craindre que si l'ordonnance ne paraissait qu'au R.O., où — noyée entre beaucoup d'autres — elle risquait de passer inaperçue. Cette volte-face de la Division de justice s'explique, si l'on sait qu'elle a puisé son argumentation dans l'arrêt *Lolli* (cf. p. 142).

Il est donc intéressant de revenir à la jurisprudence du T.F. et de constater qu'elle a varié. Dans l'arrêt non publié *Moulin Rod S. A.* du 26 septembre 1940 contre Département fédéral de l'économie publique, le T.F. avait à se prononcer sur le caractère obligatoire d'un arrêté du C.F. du 15 novembre 1935 établissant des prescriptions à l'intention des importateurs de céréales. Ce règlement avait été non pas inséré au R.O., mais porté à la connaissance de tous les importateurs de céréales par l'intermédiaire de leur syndicat professionnel, qui était d'ailleurs chargé de plusieurs tâches officielles. Ce syndicat en avait instruit ses membres par une circulaire qui offrait toutes les garanties d'authenticité désirables. La recourante contestait cependant le caractère obligatoire de l'arrêté du C.F. parce qu'il n'avait pas paru au R.O. Elle reconnaissait toutefois que plusieurs arrêtés lui étaient parvenus de la même manière et cela depuis plus de deux ans et demi, sans qu'elle eût protesté jusqu'alors.

Le T.F. fut d'avis que le moyen d'information employé avait été judicieux : « Aussi bien cette voie de publication choisie par le Conseil fédéral était-elle suffisante et pratique. Elle permettait, d'une part, d'atteindre sans faute tous les intéressés. D'autre part, et s'agissant de dispositions qui, par leur nature même, devaient être fréquemment modifiées, elle permettait d'éviter la confusion qu'aurait pu susciter la publication répétée à de brefs intervalles de dispositions qui s'abrogent et se remplacent les unes les autres. » Le T.F. estime donc actuellement que ce qui importe c'est l'information des intéressés; si le R.O. est le moyen ordinaire de publication, il n'est pas le seul et dans certaines occasions d'autres modes plus efficaces doivent lui être préférés. La circulaire chargée atteignant sûrement le but, il était indiqué de s'en servir.

L'arrêt *Moulin Rod S. A.* marque, à notre avis, un revi-

rement de jurisprudence du T.F., car il a été rendu au vu d'un avis de droit donné par le prof. BURCKHARDT le 28 décembre 1938 sur demande du Département de l'économie publique. Après avoir étudié les différentes faces du problème, cité la pratique des autorités et des tribunaux, le savant professeur concluait : « Die Veröffentlichung einer Verordnung des Bundesrates in der amtlichen Sammlung der Gesetze und Verordnungen nach geltendem Recht ist keine Voraussetzung ihrer Verbindlichkeit und ihrer Anwendbarkeit. Art. 33 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1902, welcher die Veröffentlichung der « wichtigeren » Beschlüsse und Verordnungen in der amtlichen Sammlung vorschreibt, ist als blosse Ordnungsvorschrift zu betrachten. »

Le T.F. paraît bien avoir ratifié cette thèse dans son arrêt *Moulin Rod S. A.*, puisqu'il reconnaît que la publication au R.O. n'est pas nécessaire dès qu'il est possible d'atteindre les intéressés plus sûrement d'une autre manière. Il a même confirmé tacitement cette nouvelle orientation dans l'affaire *Spinnerei Oberurnen A. G.* du 18 décembre 1942 contre Département fédéral de l'économie publique. A cette occasion, la cour fédérale déclare obligatoire sans publication au R.O. une circulaire de l'Office fédéral du contrôle des prix et de l'Office de guerre pour l'industrie et le travail adressée aux filatures et relative aux indemnités que ces entreprises sont tenues de verser aux caisses de compensation des prix. Cet arrêt n'a pas été publié non plus, ce qui est regrettable. Le T.F. redouterait-il d'afficher publiquement ses nouvelles tendances ? Veut-il se réserver une porte de sortie ? Il nous paraît que notre cour suprême ne pourrait que gagner en prestige en s'engageant résolument dans une voie plus conforme à notre droit positif.

Ces exemples concordent en ce qu'ils placent l'information effective avant la publication au R.O. Que l'acte

législatif paraisse ou non au dit recueil, il est obligatoire dès l'instant où il est porté à la connaissance des intéressés par un moyen plus sûr que le R.O.

En pareil cas, une insertion au dit recueil est-elle encore nécessaire comme mesure d'ordre ? L'article 33 ordonne la publication au R.O. de toutes les lois, des arrêtés et ordonnances d'une importance générale. Comme cette formalité ne conditionne pas leur caractère obligatoire, elle ne saurait en effet avoir que la valeur de mesure d'ordre. Remarquons d'ailleurs que cette obligation d'insérer les règlements au R.O. n'est pas absolue, puisque seuls les « arrêtés et ordonnances d'une importance générale » doivent y figurer.

Quel est le critère de l'« importance générale » ?

Une unité de vue ne paraît pas exister à cet égard. La Division de justice, par exemple, estime dans sa consultation du 9 septembre 1939 que seuls les règlements des Chambres et ceux du C.F. doivent paraître au R.O., à l'exclusion des ordonnances et instructions des départements et services de l'administration fédérale. Cette interprétation est discutable; l'importance d'un texte ne dépend pas principalement de l'autorité qui l'édicte. Une ordonnance du Département de l'économie publique rationnant une nouvelle denrée n'est-elle pas au moins aussi importante qu'un arrêté du C.F. sur les indemnités de déplacement des professeurs de l'Ecole polytechnique ?

Dans une circulaire du 3 août 1943 complétant son mémoire du 20 mai 1933 l'Union suisse du commerce et de l'industrie taxe d'importance générale tout règlement qui, en termes généraux, crée des obligations subjectives de droit public dont l'inobservation entraîne des sanctions pénales. Peu importe dès lors qu'il émane des Chambres, du gouvernement ou d'un de ses services. Ce critère nous paraît préférable au précédent, car

le texte de l'art. 33 ne restreint pas l'insertion au R.O. aux seuls actes de l'Assemblée fédérale et du C.F. La dénomination « ordonnance » — que le Département de l'économie publique p. ex. a coutume de donner à ses règlements — laisse entendre que le R.O. est ouvert à une catégorie de prescriptions plus vaste.

A notre avis cependant, c'est aller trop loin que de déclarer d'importance générale toutes les règles de droit passibles de sanctions. Moults dispositions imposent un comportement à un groupe d'intéressés, dont l'inobservation est réprimée pénalement, sans qu'elles intéressent la généralité pour autant. Dans l'économie de guerre, par exemple, toute infraction aux ordonnances et instructions entraîne des sanctions conformément à l'arrêté du C.F. du 24 décembre 1941 aggravant les dispositions pénales en matière d'économie de guerre et les adaptant au code pénal suisse (R.O. tome 57, p. 1586). Nombre d'entre elles, bien que rédigées en termes généraux (ce ne sont donc pas des décisions d'espèce) ne s'appliquent pourtant qu'à peu de personnes. Exemple : les « instructions de la Section des produits chimiques et pharmaceutiques de l'Office de guerre pour l'industrie et le travail du 2 juin 1942 tendant à développer l'extraction du benzol ainsi que la production et le traitement du goudron de houille », ne visent que les usines à gaz et quelques entreprises de distillation. Sont-elles d'importance générale ? Oui, si on entend par là toute règle de droit, comme le texte français de l'art. 33 l'autoriserait. La version allemande parle de « wichtigere Beschlüsse », c'est-à-dire de règlements d'une certaine importance. Or, parmi les règlements de droit il en est de plus ou moins importants, de sorte que seuls les premiers devraient paraître au R.O. Cette rédaction nous paraît plus intelligible que la première. Présenterait une importance générale

tout règlement de droit s'adressant à l'ensemble ou à une partie indéterminée de la population. Si le décret ne vise qu'une catégorie de personnes ou un secteur géographique délimité, il ne serait pas d'importance générale. Dans l'arrêt *Moulin Rod S. A.* le T.F. n'interprète pas l'art. 33 de la loi de 1902 autrement; il y déclare expressément qu'une ordonnance de droit n'intéressant qu'un nombre déterminé de personnes n'est pas d'importance générale. Le critère du nombre de destinataires du règlement est moins artificiel et plus conforme au but poursuivi par le R.O. Cet organe ne saurait que faire de toutes les règles de droit émanant presque à jet continu de l'administration fédérale. Nous nous rallions donc à l'interprétation du T.F.

3^e conclusion préliminaire : Interprétés à la lueur des conceptions générales du droit, les articles 33 et 36 de la loi de 1902 ne subordonnent pas le caractère obligatoire des lois et règlements à leur insertion au R.O. Cette formalité est prescrite à titre de mesure d'ordre pour les lois et règlements de droit qui s'adressent à un nombre indéterminé de destinataires.

2. Le droit coutumier :

La coutume, soit le droit issu de la constante observation de mêmes règles ¹ vient compléter le « jus scriptum », y suppléer ou souvent même le modifier. Elle est obligatoire au même titre que le droit écrit. Dans tous les Etats elle existe à des degrés différents (en Grande-Bretagne, par exemple, le droit constitutionnel est d'ordre coutumier). Son rôle en droit public n'est pas négligeable. Sur le terrain du droit fédéral, FAVRE ² notamment en fait le fondement du droit de nécessité. Dans les cantons, nous montrerons qu'à plusieurs reprises elle a modifié le « jus

¹ ROSSEL et MENTHA, *Manuel de droit civil suisse*, tome 1^{er} (1^{re} édition).

² FAVRE B. 18 p. 33 et suiv.

scriptum »¹. Issu de la vie, le droit coutumier se modifie avec elle, alors que les textes vieillissent et tombent en désuétude s'ils ne sont pas renouvelés à temps. Il naît souvent d'une infraction au « jus scriptum » répétée et tolérée par l'autorité.

Indépendamment des articles 33 et 36 de la loi de 1902, la pratique des autorités fédérales en matière de publication est régie par un usage. Il est avéré que le R.O. est impropre à servir seul d'organe d'information des lois et règlements, non seulement parce que d'une manière générale leur nombre va croissant, mais surtout parce que le R.O. ne suffit pas à renseigner le peuple suisse d'une manière rapide et suffisante. Les pouvoirs publics étaient donc contraints de s'en tirer autrement.

Depuis plusieurs années, les règlements urgents sont déclarés obligatoires après avoir été portés à la connaissance du public par les journaux ou la T.S.F. (nous fournirons plusieurs exemples à ce sujet sous Section 2, p. 180 et s.). Ils ne sont insérés au R.O. que quelques jours plus tard.

Les règlements d'une durée limitée ne paraissent plus dans l'organe officiel; la chancellerie refusant de les y insérer. La « Feuille officielle suisse du commerce » joue un grand rôle à cet égard et tend à remplacer le R.O. pour la publication de tous règlements de courte durée.

Il est d'usage également d'afficher les décrets qui ne doivent sortir effet que dans une certaine région. Ces normes sont obligatoires, qu'elles soient ou non insérées plus tard au R.O.

L'impossibilité pour cet organe de remplir sa tâche, c'est-à-dire de mettre les intéressés au courant dans la mesure désirable et en temps voulu, a engagé les pouvoirs

¹ LACHENAL B. 38 p. 362 cite plusieurs exemples de droit public coutumier cantonal.

publics à s'en passer chaque fois que le succès de l'information en dépendait.

4^e conclusion préliminaire : Conformément au droit coutumier, les règlements urgents ou temporaires et ceux qui concernent une région limitée sont obligatoires sans insertion au R.O.

Au cours de nos développements sous lettre B (p. 130) nous croyons avoir établi que, pour les lois, l'insertion dans un organe officiel ne peut être une condition absolue de leur caractère obligatoire que si la constitution le précise; c'était le cas en Allemagne dans le premier et le deuxième Reich. Lorsque, comme en droit fédéral, la constitution ignore la publication, les lois n'ont pas besoin de paraître dans un organe officiel pour être obligatoires. Elles peuvent évidemment poser expressément ou tacitement cette condition pour elles-mêmes. Or, nous avons vu que ni la loi de 1874, ni celle de 1902 ne l'ont fait. La coutume est elle-même en sens contraire. Les lois fédérales et aussi les règlements peuvent donc être obligatoires sans insertion au R.O. Cette publication est requise par les dispositions applicables comme mesure d'ordre pour les lois et règlements d'une importance générale.

Nous concluons donc :

Réponse à l'argument B (p. 130) : Le droit positif fédéral n'a pas subordonné le caractère obligatoire des lois et règlements à leur insertion au R.O.

Nous disposons enfin de tous les éléments pour répondre à notre première question : « La publication des actes législatifs au R.O. est-elle une condition de leur caractère obligatoire ? » Les arguments de ceux qui le prétendaient s'étant effondrés, nous sommes autorisés à affirmer :

Réponse à la question I (p. 110) : La publication des actes législatifs au R.O. n'est pas une condition de leur caractère obligatoire.

II. UN ACTE D'INFORMATION EST-IL NÉCESSAIRE AU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES LOIS ET RÈGLEMENTS; ET SI OUI, SOUS QUELLE FORME ?

Nous venons de voir qu'en droit fédéral les lois et règlements peuvent être obligatoires sans insertion au R.O.; il ne s'ensuit pas qu'ils le sont à défaut de tout acte d'information. Ainsi, la première question tranchée, une seconde se pose aussitôt : Un décret, déclaré obligatoire par les pouvoirs publics compétents, l'est-il sans publication ou avant celle-ci ? La mise au courant préalable des intéressés est-elle une condition du caractère obligatoire des actes législatifs ?

A. *Nécessité de l'information :*

Précepte de conduite extérieure, la règle de droit a une mission, non pas théorique, mais essentiellement pratique. Elle doit régir des cas concrets et ne le pourra que si les personnes visées la connaissent ou peuvent en avoir connaissance. Le but de l'information est clair : faire connaître la règle de droit.

Pour prévenir un malentendu, rappelons que nous n'étudions pas la question du caractère obligatoire de toutes les règles de droit, mais de celles formulées par les pouvoirs législatif et réglementaire (v. p. 30). La distinction a son importance, car nombre de règles de droit sont obligatoires sans avoir été jamais édictées ni publiées. C'est le cas des normes du droit coutumier, qui sont appliquées par les tribunaux au même titre que le « jus scriptum ». Ceci prouve qu'un acte d'information n'est pas essentiel au caractère obligatoire de la règle de droit. Mais il serait

erroné d'en inférer que toute règle de droit peut acquérir force obligatoire en l'absence d'un acte d'information. Le droit écrit et le droit coutumier diffèrent trop, quant à leur genèse pour qu'il soit légitime de conclure de l'un à l'autre.

Dans tout Etat de droit, les actes législatifs ne sont obligatoires qu'après ou au moment de leur publication. Cette règle, que nul ne conteste aujourd'hui, s'est imposée par l'histoire et la logique; dans certains Etats même, le droit positif l'a consacrée expressément.

Historiquement, elle est une réaction contre le règne du « bon plaisir » du « Polizeistaat », où les particuliers étaient à la merci d'autorités appliquant des édits non publiés, mais enregistrés seulement par les cours de justice. La Révolution française a posé le principe de la publicité de l'administration et de la législation (cf. p. 33).

Mais la subordination du caractère obligatoire des lois et règlements à leur publication s'est imposée encore davantage par la logique. L'obligation de signifier un ordre à celui auquel il s'adresse résulte de la nature des choses. Les décrets sont l'œuvre de l'Etat; ils voient le jour après les délibérations de collèges politiques plus ou moins nombreux, ou sont rendus par des organes administratifs anonymes. A moins qu'ils n'aient pour objet de consacrer des règles de morale (comme l'interdiction de tuer, de voler, etc.), que chacun sait sans avoir jamais ouvert un code, ils ne peuvent être connus que s'ils sont publiés.

Si l'Etat ne divulguait pas ses injonctions, les particuliers ne pourraient s'y conformer. L'exiger quand même serait absurde; en forcer l'exécution serait inique. On ne pourrait pas parler d'Etat de droit, mais d'une société où les gouvernés seraient livrés à des gouvernants sans

scrupules. ROUSSEAU¹ parlant, il est vrai, de la loi naturelle, disait : « Tout ce que nous pouvons voir très clairement au sujet de cette loi, c'est que... pour qu'elle soit loi, il faut que la volonté de celui qu'elle oblige puisse s'y soumettre avec connaissance... » Citons aussi IHERING : « Was allgemein beachtet werden soll, muss auch allgemein bekannt gemacht werden »². C'est le plus clair bon sens.

Juridiquement, le principe en question a trouvé une solution constitutionnelle dans nombre d'Etats, notamment en Allemagne (v. p. 100). La Constitution fédérale est muette. Il ne fait cependant aucun doute qu'en droit fédéral un décret doit être publié pour entrer en vigueur. Tous les avis consultés expriment la même idée. Pour mémoire, rappelons les arrêts *Chatton* et *Lolli* (cf. p. 142) : citons une décision de la Division de justice du Département fédéral de justice et police de 1916, relative à une ordonnance sur le déchargement des wagons de chemin de fer : « D'une manière générale... elle (l'ordonnance) aurait dû être publiée pour pouvoir être opposée à des tiers »³. Enfin toute la doctrine suisse milite en faveur de la publication formelle, reconnaissant ainsi implicitement la nécessité de l'information.

Conclusion : Dans tout Etat de droit, la publication est en principe une condition du caractère obligatoire des lois et règlements.

C'est intentionnellement que nous rédigeons cette conclusion en termes généraux, car elle ne vise pas seulement le droit fédéral, mais celui des cantons et de tous les Etats

¹ ROUSSEAU J.-J., dans son discours sur l'Origine de l'inégalité.

² IHERING : *Der Zweck im Recht*, Band I, p. 334.

³ Consultation N° 225 du Département de justice et police du 27 mars 1917.

civilisés. Cette conclusion est-elle absolue ? A-t-elle ses exceptions ? Nous l'examinerons ci-dessous :

B. La règle de la nécessité de la publication des actes législatifs souffre-t-elle des exceptions ?

Différentes éventualités peuvent se présenter. Elles ne concernent pas le droit fédéral uniquement, mais aussi celui des cantons; nous les traiterons donc toutes dans cette section pour ne plus devoir y revenir dans la suite. Nous envisageons cinq possibilités différentes :

1. L'Etat ne procède à aucun acte de publication de ses lois après leur adoption définitive.

C'est le cas du canton d'*Appenzell R. I.* Les lois votées par la Landsgemeinde sont déposées à la chancellerie d'Etat. Elles ne paraissent dans aucun organe et ne font l'objet d'aucun acte d'information quelconque. Cet exemple ne renverse-t-il pas la règle que nous venons de proclamer ? Car enfin, dira-t-on, si notre théorie était exacte, toutes les lois édictées jusqu'à ce jour par le canton d'*Appenzell R. I.* ne seraient pas obligatoires. Cette contrée se verrait ainsi dépourvue de lois; ses habitants pouvant faire ce qu'ils veulent seraient rendus à l'état de peuplades sauvages, telles que les imaginait ROUSSEAU dans son *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*. Or ce n'est pas le cas; les citoyens du pays d'*Appenzell* sont soucieux de respecter les édits publics; ils seraient fort surpris si on venait leur dire que leurs lois ne les obligent pas !

S'il est vrai que les lois appenzelloises sont obligatoires, il est moins certain qu'elles ne soient pas publiées officiellement. Mais il faut s'entendre sur la signification de ce terme. A p. 31 nous avons dit qu'il signifiait : « rendre public ». Il convient donc de rechercher si l'autorité rend officiellement ses lois publiques.

A Appenzell R. I. les projets de lois sont remis sous pli aux électeurs et votés par la Landsgemeinde. Cette assemblée réunit sur la place publique du chef-lieu tous les hommes du pays en état de porter les armes (environ 900). Les lois sont acceptées à main levée et le « Landamman » proclame immédiatement le résultat du vote; en cas d'acceptation, il déclare la loi en vigueur, à moins qu'une date ultérieure ne soit prévue. Les autres habitants assistent des fenêtres avoisinantes à cette imposante manifestation et peuvent se convaincre « de visu » que la loi a été adoptée par la majorité des votants et qu'elle est entrée en vigueur.

La diffusion du texte ou d'un arrêté de promulgation postérieur à cette décision n'y ajouterait rien, car le peuple en entier est déjà renseigné officiellement. Le vote à main levée et la proclamation des résultats de vive voix est certes l'information la plus directe et la plus sûre qu'on puisse imaginer. Appenzell R. I. ne fait donc pas exception à la règle citée ci-dessus. Au lieu de proclamer le résultat dans un microphone de radio, qui le transmet à tous les habitants du pays, le gouvernement s'adresse au peuple tout entier rassemblé sur une place publique.

Le cas d'Appenzell R. I. est certainement rarissime, car il suppose des circonstances toutes particulières : territoire limité, population peu dense et surtout Landsgemeinde. Dès que le peuple d'un Etat n'est pas réuni sur une place publique pour voter les lois, une procédure d'information spéciale s'impose. Même les autres cantons à Landsgemeinde croient devoir faire paraître soit le texte soit l'arrêté de promulgation dans leur organe officiel. Le système d'Appenzell ne vaut que pour les lois; les règlements étant l'œuvre du gouvernement, ils doivent faire l'objet d'un acte d'information spécial; aussi paraissent-ils dans les journaux locaux du canton.

Cette première exception n'est donc qu'apparente; voyons la deuxième.

2. La constitution de l'Etat précise que les lois en vigueur doivent être publiées :

Les constitutions des cantons de *Zurich*, *Schaffhouse* et *Thurgovie* déclarent expressément que l'autorité doit publier les lois en vigueur « *die in Kraft erwachsen sind* ». Le T.F. en déduit aussitôt (arrêt *Ensslin* concernant la portée de l'art. 39, ch. 2 de la Constitution thurgovienne; A.T.F. 32 I 504) que, dans le canton de *Thurgovie* tout au moins, la publication n'est pas une condition du caractère obligatoire des actes législatifs; ils seraient applicables aux particuliers avant que ceux-ci en soient informés.

Nous établirons à p. 200 et suiv. que le T.F. s'est mépris sur la valeur du terme « *in Kraft erwachsen* »; il l'assimile à ce que nous appelons le « caractère obligatoire », alors qu'en *Thurgovie*, comme à *Zurich* et à *Schaffhouse*, le constituant l'a employé pour désigner la « validité ». Il voulait qu'on publie les lois valables pour les rendre obligatoires et non lorsqu'elles le sont déjà.

Vu ce qui précède, nous constatons que les constitutions de ces trois cantons n'ont pas proclamé que les lois et règlements sont obligatoires sans publication, de sorte qu'elles ne font pas non plus exception à la règle.

3. L'autorité compétente déclare une loi obligatoire à une date précédant la publication.

Des cas pareils existent-ils ? et si oui, les actes non publiés sont-ils obligatoires ? Très fréquents sont les décrets non insérés au R.O., mais ceux qui sont déclarés obligatoires avant d'être publiés officiellement d'une autre manière sont rares. Il en existe cependant. L'exemple le plus célèbre est le suivant :

La loi fédérale du 20 juin 1879 concernant l'augmen-

tation des droits d'entrée sur certaines marchandises fut publiée dans la F.F. le 25 juin de la même année. Or, le 20 juin déjà, c'est-à-dire le jour du vote final des Chambres, celles-ci rendaient un arrêté fédéral de portée générale urgent, concernant l'application provisoire de la loi précitée et autorisant le C.F. à prendre immédiatement les mesures d'exécution nécessaires, sous réserve qu'en cas de rejet de la loi par le peuple, les droits perçus seraient remboursés aux ayants droit. Le 21 juin, le Département des finances et des douanes communiquait le texte de la loi et de l'arrêté aux autorités douanières pour l'appliquer immédiatement, ce qui fut fait¹. Les offices de douane exécutèrent donc la loi et l'arrêté 4 jours avant que les importateurs en aient eu et aient pu en avoir connaissance. Deux importateurs lésés, les nommés J. Kottmann et S. Vonkilch, fabricants de tabac, recoururent contre l'application de la loi et de l'arrêté avant leur publication tout d'abord au T.F., puis, celui-ci s'étant déclaré incompétent, à l'Assemblée fédérale. Ils firent valoir que l'arrêté fédéral de portée générale urgent du 20 juin 1879 ne pouvait être appliqué avant sa publication; en l'espèce il ne l'avait été que 4 jours après sa mise en vigueur. Ils concluaient à ce que les droits perçus par les douanes durant ces 4 jours et s'élevant pour Kottmann seul à fr. 63,421.35² leur soient restitués.

Dans son message à l'Assemblée fédérale du 3 juin 1880³, le C.F. argumentait de la façon suivante : « Quant à la publication officielle de la loi et de l'arrêté fédéral du 20 juin 1879, qui au surplus a eu lieu dans le numéro de la Feuille fédérale le plus rapproché, savoir dans celui du 25 juin, nous ne pensons pas qu'elle soit absolument

¹ V. SALIS B. 57 p. 196.

² F.F. 1880 tome III p. 182.

³ F.F. 1880 tome III p. 182.

indispensable. Il existe des précédents d'après lesquels des décisions analogues et d'un intérêt général ont été mises à exécution immédiatement après que la décision avait été prise, et devaient être mises ainsi à exécution sous peine de manquer en partie le but, s'il avait fallu attendre, pour exécuter la mesure décrétée, que la publication en eût été faite officiellement. »

Le message cite alors trois exemples :

1) l'ordonnance concernant le maintien de la neutralité de la Suisse ainsi que l'interdiction d'exporter des armes et du matériel de guerre du 16 juillet 1870, exécutée dès le 18 et publiée le 23 du même mois;

2) l'élévation du droit d'exportation sur les chevaux, décrétée le 20 juillet 1870, mise à exécution télégraphiquement le même jour et publiée le 23 juillet 1870;

3) l'élévation des droits de sortie pour les chevaux, décrétée le 27 juillet 1877, exécutée le même jour et publiée le 4 août 1877.

L'Assemblée fédérale adopta la thèse du C.F. et rejeta les recours Kottmann et Vonkilch par arrêtés des 8 et 10 juin 1881 ¹.

Dans l'affaire ci-dessus, le C.F. et l'Assemblée fédérale admettent que les lois et règlements peuvent être obligatoires sans publication préalable. Dans son message, le C.F. cite même plusieurs exemples qui paraissent appuyer sa thèse. Nous disons « paraissent », car, à notre avis, ces actes non publiés étaient illégaux et non obligatoires. La Confédération, Etat de droit par excellence, ne peut pas accepter que son gouvernement déclare des décrets en vigueur avant de les publier. Tout notre droit positif s'y oppose de la façon la plus formelle. L'Assemblée fédérale d'alors n'a d'ailleurs pas toujours professé la même opinion.

¹ v. SALIS B. 57 p. 197.

En 1874, la question de la publication des actes législatifs était à l'ordre du jour des Chambres fédérales. Dans son rapport de gestion ¹, le C.F. soutenait déjà qu'en application de la loi de 1874 les lois et arrêtés de portée générale non urgents entraient en vigueur le jour de l'expiration du délai référendaire et, en cas de votation populaire, le jour de l'acceptation par le peuple, sous réserve — bien entendu — que le législateur n'ait pas fixé une autre date. Cette opinion ne fut pas partagée par la commission du Conseil des Etats, qui répondit en ces termes : « Personne ne conteste le fait qu'une loi ne peut entrer en vigueur avant d'avoir été dûment publiée. Or, cette publication ne consiste pas uniquement dans le fait qu'elle a été portée à la connaissance des citoyens au commencement du délai de quatre-vingt-dix jours, fixé pour le referendum; il faut en outre qu'à l'expiration de ce délai le pays soit informé du résultat de la latitude laissée aux opposants et éventuellement du résultat de la votation populaire. D'après la logique du Conseil fédéral, une loi qui a été adoptée par le peuple, après que la votation a été réclamée, devrait entrer en vigueur dès le jour de la votation, bien que ce résultat ne puisse être connu exactement que plusieurs jours après. Nous avons sous les yeux toute une série de cas dans lesquels le Conseil fédéral a décidé et annoncé, par la voie de la Feuille fédérale, que telle ou telle loi était déjà exécutoire depuis plusieurs jours : par conséquent, des lois peuvent entrer en vigueur à une époque où personne, si ce n'est peut-être le Conseil fédéral, n'en a connaissance officiellement. La seule manière dont notre commission puisse interpréter la loi sur le referendum, c'est qu'immédiatement après l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours — dans le cas où l'on ne suppose pas qu'il y ait lieu à une votation populaire — un arrêté du Conseil fédéral

¹ F.F. 1875 II p. 29 et 30.

déclare que la loi est exécutoire à dater du jour de la publication de cet arrêté, mais non pas que cette décision, prise postérieurement, déclare que la loi est entrée en vigueur à l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours. » Et plus loin, la Commission propose d'adopter le postulat suivant : « Le Conseil fédéral est invité, dans ses arrêts relatifs à l'entrée en vigueur des lois fédérales, à poser pour règle que cette mise en vigueur ne doit pas être reportée à une époque antérieure à la publication de ces arrêts. ¹ »

Cette prise de position est logique et équitable. Depuis lors, le T.F., la Division de justice et la doctrine n'ont cessé de le répéter. Exception faite du cas *Ensslin* (commenté ci-dessus p. 84), tous les arrêts du T.F. proclament qu'une loi ou un règlement n'est obligatoire qu'après sa publication. Il peut arriver qu'en raison d'un défaut de transmission, d'un accident d'imprimerie, etc., un texte soit publié postérieurement à la date arrêtée pour son entrée en vigueur. En pareille circonstance, le jour de la publication fera foi, à moins que l'autorité compétente ne prenne une nouvelle décision fixant l'entrée en force du décret à un moment encore postérieur. Dans l'affaire des droits d'entrée sur le tabac, le C.F. aurait été certainement en mesure, au moment où il avisait les bureaux de douane compétents, de faire publier la loi et l'arrêté dans les journaux ou de renseigner les importateurs visés. Théoriquement du moins, ces derniers auraient pu renoncer à leurs projets et vendre leur tabac à l'étranger. Lorsque le C.F. affirme que le but de l'arrêté aurait été manqué en partie s'il n'avait pas été appliqué immédiatement, il a raison. Cela ne devait cependant pas l'empêcher de porter le règlement immédiatement à la connaissance des intéressés, car on ne voit pas que cette information aurait pu

¹ F.F. 1875 III p. 62.

compromettre le succès de la mesure prise, à moins que celui-ci ne dépendît du nombre plus ou moins grand de personnes prises au piège, ce qui, une fois de plus, contredirait aux principes de l'Etat de droit.

On peut admettre que la publication tardive n'est jamais voulue. Elle est due à des circonstances fortuites et les citoyens ne doivent sous aucun prétexte en supporter les conséquences.

On ne peut, en effet, supposer que l'exécutif omette intentionnellement de publier un décret. Et même si c'était le cas, on pourrait se demander à juste titre, s'il serait obligatoire. A notre avis, il ne le serait pas; il n'obligerait personne, et le T.F. pourrait l'ignorer en toute conscience, même s'il s'agissait d'une loi, car si, conformément à l'art. 113 Constitution fédérale, notre cour suprême est liée par les actes de l'Assemblée fédérale, ceux-ci doivent évidemment être obligatoires. Le constituant n'aurait jamais songé à lier le T.F. à des prescriptions qui ne l'étaient pas (cf. p. 219 et s.).

En résumé, la fixation de l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un règlement à une date antérieure à leur publication ne les rend pas obligatoires. Ils ne le deviennent que par leur publication officielle. Nous ne voyons donc pas non plus ici que la règle énoncée sous lettre A. (cf. p. 157 et suiv.) souffre une exception.

4. Les lois et règlements rétroactifs.

Quid, si l'Etat met une loi rétroactivement en vigueur ? Peut-elle obliger pour le temps où elle n'était pas publiée ? On nous objectera peut-être que le problème ne se pose pas pratiquement. La rétroactivité n'est-elle pas prohibée de toute façon ? La Révolution française, là aussi, n'a-t-elle pas jeté un anathème définitif sur la mise en vigueur anticipée des lois et règlements ? Rappelons l'art. 8 de la

déclaration des droits de l'homme de 1879 : « ... Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée. » L'art. 14 de celle de 1793 n'est pas moins catégorique : « Nul ne doit être jugé et puni qu'après avoir été entendu ou légalement appelé et qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit. La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie; l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime. » La doctrine est dans le même sens : « La loi ne dispose que pour l'avenir. ¹ » Pour DUGUIT le législateur n'a pas le pouvoir de mettre une loi rétroactivement en vigueur, même si la Constitution ne l'exclut pas expressément, car si le législateur le faisait, « il violerait certainement le droit; il ferait une loi contraire au droit, une loi qui théoriquement serait sans valeur, comme toute loi contraire au droit » ².

Formulée ainsi, la règle de la non-rétroactivité des lois est trop absolue. Depuis longtemps la rétroactivité est admise ou tolérée dans des limites rigoureusement circonscrites. En droit pénal, l'art. 2 C.P.S. précise qu'une disposition pénale peut s'appliquer à des infractions commises avant la date de son entrée en vigueur, lorsqu'elle est plus favorable au contrevenant que la disposition en vigueur au moment de l'infraction.

En dehors du droit pénal, l'application rétroactive d'un acte législatif est admise même lorsque la nouvelle disposition n'est pas plus favorable aux intéressés que l'ancienne; c'est notamment le cas en droit fiscal, où il est fréquent de voir des mesures rétroagir à une période où elles n'existaient pas encore ³. Le T.F. a fixé les limites dans lesquelles une règle de droit peut régir une période antérieure à son

¹ MASNATA B. 47 p. 58.

² DUGUIT B. 14. Tome 2 p. 201.

³ A.T.F. 26 I 82, 27 I 506, 471 16, 61 I 95.

existence. Dans un arrêt de principe *Fölmlî contre Hämiken et Conseil d'Etat du canton de Lucerne* (A.T.F. 47 I 16), il déclare : « Le principe général de la non-rétroactivité des lois a seulement la valeur d'un postulat à l'adresse du législateur. Sa non-observation n'est attaquant que lorsqu'une autre disposition de droit constitutionnel positif est violée. ¹ » Plus tard, dans une affaire *instituteurs primaires et maîtres secondaires au collège de Genève contre le canton de Genève* (A.T.F. 50 I 74-75), le T.F. précise : « En ce qui concerne tout d'abord la non-rétroactivité des lois, on doit observer que ce principe n'est consacré ni par la Constitution fédérale, ni par la Constitution genevoise, que c'est avant tout une règle d'interprétation qui s'impose au juge (d'ailleurs sous de multiples réserves), mais que, même en matière de droit privé et « a fortiori » en matière de droit public (v. FLEINER, « Institutionen », p. 88/89), le législateur peut y déroger en étendant aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi l'effet des règles qu'il édicte, pourvu que ce faisant il ne viole pas des droits garantis par la Constitution. »

A l'intérieur des limites ci-dessus, la rétroactivité a droit de cité dans notre législation. Constitue-t-elle une exception à la règle qui veut que, pour être obligatoire, un décret soit publié ?

BURCKHARDT le prétend (consultation du 28 décembre 1938 dans l'affaire *Moulin Rod S. A. contre Département fédéral de l'économie publique*). Il part de l'idée que si en fait la rétroactivité n'est pas contraire à cette règle, en droit (*rechtsgesetzlich*) la contradiction serait évidente : « En fait naturellement, aucune loi n'est appliquée rétroactivement, mais seulement dès l'instant où son applica-

¹ « So kann jenem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Nichtrückwirkung nur die Bedeutung eines Postulates an den Gesetzgeber zuerkannt werden, und die Nichtbeachtung desselben ist staatsrechtlich nur anfechtbar, wenn eine andere positive Verfassungsbestimmung verletzt erscheint. »

tion a été décidée. Le 1^{er} janvier 1921 l'arrêté du 24 juin 1921 concernant l'élévation des droits de douane sur le tabac (A.S. 1921 s. 517 ff) ne pouvait pas être encore exécuté. Cependant, si on l'applique ensuite comme s'il avait déjà été obligatoire dès le 1^{er} janvier, on traite les intéressés beaucoup plus mal que si l'arrêté était effectivement appliqué depuis le 1^{er} janvier sans avoir été publié.¹ » Et plus loin : « La rétroactivité, telle qu'elle a été pratiquée dans l'arrêt précité par le T.F., implique d'ailleurs une violation qualifiée de l'adage, selon lequel les normes, qui n'ont pas été communiquées officiellement aux particuliers, ne les obligent pas. ² »

Cette argumentation est-elle pertinente ? L'affirmation qu'un décret rétroactif peut être exécuté au plus tôt au moment de sa perfection est sujette à caution. Supposons une loi fiscale, dont le délai référendaire expire sans être utilisé le 1^{er} juin 1945 et qui, selon son article final, rétroagit au 1^{er} janvier de la même année; elle n'est publiée officiellement que le 15 juin. Les agents du fisc pourront-ils le 5 dudit mois convoquer un contribuable et exiger de lui des renseignements sur ses transactions financières dès le 1^{er} janvier ? Certainement pas, car le 5 juin, la loi n'étant pas publiée encore que parfaite, aucune de ses parties n'est obligatoire, y compris la disposition visant l'entrée en vigueur rétroactive. Le contribuable pourra

¹ « Tatsächlich wird natürlich kein Gesetz rückwirkend angewendet, sondern erst vom Zeitpunkt an, wo die Anwendung überhaupt beschlossen wird. Am 1. Januar 1921 konnte der Beschluss vom 24. Juni 1921 betreffend der Erhöhung der Tabakzölle (AS s. 517 ff.) noch nicht angewendet werden. Aber wenn man ihn nachher so anwendet, als ob er schon seit 1. Januar gegolten hätte, behandelt man insofern die Betroffenen nicht besser, man behandelt sie vielmehr noch schlechter, als wenn derselbe Beschluss tatsächlich seit 1. Januar angewendet worden wäre, ohne veröffentlicht worden zu sein. »

² « Im übrigen aber impliziert die Rückwirkung, wie sie in den vom Bundesgericht angezogenen Beschlüssen praktiziert wurde, eine qualifizierte Verletzung des Satzes, dass Normen, die dem Privaten nicht amtlich bekannt gegeben worden sind, für ihn nicht verbindlich sind. »

donc refuser de donner suite à l'injonction du fonctionnaire, car en fait comme en droit, le décret ne rétroagit pas avant d'être publié.

La rétroactivité ne crée donc qu'une contradiction apparente avec la règle qui fait de la publication une condition du caractère obligatoire, car pour rétroagir, l'acte doit être obligatoire; or il ne l'est qu'une fois publié.

Nous en déduisons que la rétroactivité ne constitue pas une exception à la règle citée sous A (cf. p. 157).

5. Dispositions secrètes.

Tout Etat peut être appelé, dans certaines circonstances, à prendre pour sa conservation des mesures qui doivent être tenues secrètes; c'est notamment le cas de dispositions visant la défense nationale, et certains accords internationaux. Ces prescriptions ne sont-elles pas obligatoires sans publication ?

Remarquons qu'en raison de leur caractère particulier ces règles visent avant tout les organes administratifs de l'Etat; certaines d'entre elles touchent toutefois la sphère des particuliers et exigent de ceux-ci un certain comportement. Or l'individu ne pourra pas se conformer à une prescription même secrète, s'il ne la connaît pas. Les pouvoirs publics doivent pour le moins lui chuchoter la règle ou être prêts à le faire pour qu'il s'exécute, ou laisse l'autorité procéder à la mesure ordonnée.

Exemples : Le C.F. prend un arrêté interdisant l'accès de régions fortifiées. Cet arrêté n'est pas publié au moment de son entrée en vigueur. Cependant, toute personne qui s'approchera de la zone interdite trouvera soit un écriteau soit une sentinelle pour lui enjoindre de ne pas pousser plus avant.

Un accord de compensation avec un Etat étranger introduit des limites de valeur pour l'exportation de cer-

tains articles. Ces clauses ne sont pas publiées. Le fabricant d'un des produits visés apprendra au moment d'expédier sa marchandise que le contingent réservé à celle-ci est épuisé.

Le décret le plus secret doit être divulgué à celui auquel il s'applique. Apparemment, il n'y a donc pas contradiction avec la règle de la p. 157; cependant l'acte d'information employé par l'autorité pêche à un autre point de vue. La mise au courant individuelle d'un particulier d'une prescription d'ordre général en vigueur depuis longtemps peut-être rappelle singulièrement le « Polizeistaat ». Nous verrons à p. 177 qu'en temps ordinaire elle n'est pas un acte d'information suffisant dans un Etat de droit. La non-publication d'une mesure d'intérêt général ne se justifie donc que dans des cas très spéciaux, où les intérêts supérieurs du pays sont en jeu.

Pour cette raison, nous admettons que le règlement secret constitue une exception à la règle de la p. 157.

Après avoir passé ces cinq éventualités en revue, nous concluons que la règle, selon laquelle une loi ou un règlement n'est pas obligatoire avant d'avoir été publié, ne souffre qu'une exception : le règlement secret. Celui-ci n'est admissible que si les intérêts vitaux du pays l'exigent.

C. Les conditions de la publication :

Sous chiffre I (cf. p. 109 et s.), nous avons vu qu'en droit fédéral les lois et les règlements peuvent être obligatoires sans insertion au R.O. Nos recherches sous chiffre II (cf. p. 157) prouvent d'autre part (le cas du règlement secret excepté) que les actes législatifs ne sont pas obligatoires avant que le public ait été instruit de leur contenu. La question se pose dès lors de savoir si cette mise au courant est subordonnée à certaines conditions de forme.

Le « *jus scriptum* » fédéral ayant renoncé à établir des règles à ce sujet, nous devons admettre que le droit positif s'en est entièrement remis aux autorités qu'il a instituées. Elles fixent librement les conditions d'information nécessaires pour que l'acte en question puisse être considéré comme obligatoire. La Confédération se fie à ses organes; elle leur laisse le choix des solutions qui peuvent s'imposer au gré des circonstances, pourvu qu'elles soient conformes à la notion de l'Etat de droit. Dans ces limites, ils peuvent faire usage des multiples moyens que leur offre la technique moderne.

Comme c'est le C.F. qui est chargé de l'exécution des lois et règlements, c'est à lui d'arrêter les méthodes d'information et d'apprécier si elles sont suffisantes pour rendre une prescription obligatoire. Cependant, nous venons de dire qu'il doit se tenir dans le cadre de l'Etat de droit. Or, quel est-il, dès l'instant où le C.F. n'est pas tenu au R.O. ?

La jurisprudence des tribunaux et notamment celle du T.F. sont un guide précieux pour le gouvernement. La nouvelle orientation de notre Cour suprême est pourtant de date trop récente pour que nous puissions déjà parler de jurisprudence. Tout au plus, l'arrêt *Moulin Rod S.A.* contre Département fédéral de l'économie publique a-t-il énoncé certaines directives encore que très sommaires. Dans cet arrêt (cf. p. 150) le T.F. pose notamment pour règle que si l'insertion n'a pas lieu au R.O., le moyen employé « doit atteindre sans faute les intéressés ». Le C.F. lui-même n'est heureusement pas resté à sa position de 1879, époque à laquelle il paraissait trouver naturel de mettre en vigueur une prescription sans la publier au préalable. Aujourd'hui au contraire, son Département de justice et police insiste (cf. p. 148) pour que l'information des décrets non publiés au R.O. soit « officielle » et

« adaptée aux circonstances ». Bien que rudimentaires, ces quelques indications nous permettent de fixer le cadre à l'intérieur duquel le C.F. peut arrêter le mode de publication autorisé sur territoire de la Confédération. Ces normes sont aussi valables pour les cantons qui, à l'instar de la Confédération, n'ont pas fixé de règles rigides à leur gouvernement. Ci-après nous dirons en quelques mots quelles sont ces exigences minimum du droit suisse :

1. Publication formelle ou matérielle.

Conformément aux art. 7 et 14 de la loi de 1874 et 33 de celle de 1902, les lois et tous les règlements d'importance générale doivent figurer au R.O., à titre de mesure d'ordre (cf. p. 152). Il est donc normal que l'autorité s'en serve comme organe d'information pour les lois et règlements qui intéressent la population tout entière ou une grande partie d'entre elle. Les actes insérés au R.O., qui ne font pas l'objet d'une autre publication officielle préalable (journaux, radio, affiches), sont obligatoires au plus tôt le jour où ils paraissent au dit recueil. Avant cette guerre mondiale, l'information officielle uniquement par le R.O. était la plus courante. Depuis 1939, l'accroissement considérable de la réglementation l'a reléguée au second plan.

L'autorité qui se passe de l'organe officiel ne peut le remplacer que par un moyen d'information plus efficace. Substituer au R.O., dans un cas particulier, un autre mode de publication formelle inconnu du public, paraît inconcevable dans un Etat de droit. Il équivaldrait à un défaut d'information. Nous pouvons cependant citer un curieux exemple :

Le 26 mars 1934 ¹ le C.F. prenait un *arrêté relatif aux limites de la critique permise à la presse*. Ce règlement

¹ F.F. 1934 I p. 867.

qui devait entrer « immédiatement en vigueur » disposait en son article 1^{er} :

« Les journaux et périodiques qui, en outrepassant d'une manière particulièrement grave les limites de la critique, menacent de troubler les bonnes relations de la Suisse avec d'autres Etats, recevront un avertissement. Si cet avertissement reste inopérant, la publication de ces organes sera interdite pour une période déterminée. Le Conseil fédéral prononce sur la proposition du Département de justice et police. Les cantons doivent veiller à l'application de l'interdiction. »

Cet arrêté ne parut que le 11 avril 1934 dans la F.F. sous la rubrique « Extrait des délibérations du Conseil fédéral »; il ne fut pas publié au R.O. Dans la F.F., le texte est noyé au milieu d'un compte rendu de séance du C.F.

Ce décret était-il obligatoire ? GIACOMETTI¹ dit que non, parce qu'il n'avait pas paru au R.O. Nous sommes d'accord avec ses conclusions, non pas avec le motif invoqué, puisque au chiffre I (p. 110 et s.) nous avons établi que l'insertion au R.O. n'était pas une condition du caractère obligatoire des lois et règlements. Si l'arrêté du 26 mars 1934 n'était pas applicable, c'est qu'il n'avait été publié ni formellement ni matériellement. La F.F. n'est plus l'organe officiel de publication des lois et règlements depuis 1851; elle n'est pas non plus un moyen d'information matériel ou direct. D'après les renseignements que la Chancellerie fédérale a bien voulu nous donner, il paraît vraisemblable que le 26 mars 1934 cet arrêté a été communiqué verbalement aux journalistes accrédités au Palais après la séance du C.F. Est-ce suffisant ? Les journalistes n'étaient peut-être pas tous présents; ils ne représentaient qu'une minorité de journaux; en outre, leurs confrères

¹ GIACOMETTI B. 22 p. 259.

de quotidiens moins importants n'en ont pas été informés officiellement. Si l'arrêté avait été communiqué officiellement à tous les journaux d'information, cette manière de procéder n'aurait pu soulever de discussion. L'insertion à la F.F. et les renseignements verbaux du chancelier à quelques journalistes se trouvant par hasard réunis à l'issue des délibérations du gouvernement étaient insuffisants. Pour cette raison, nous admettons que l'arrêté n'était pas obligatoire.

Si un décret ne paraît pas au R.O., ou lorsqu'en raison de son urgence une entrée en vigueur immédiate est nécessaire, la publication doit être matérielle et de nature à atteindre les personnes visées mieux que ne le pourrait le R.O. En dehors des cas d'urgence, l'information effective s'impose, notamment si le nombre des intéressés est déterminé, ou si la mesure prise ne doit déployer ses effets que dans une certaine zone géographique.

En revanche, il n'est pas nécessaire que le texte du décret soit publié en entier. La publication doit être considérée comme suffisante, dès qu'elle renseigne les particuliers sur le contenu de l'acte législatif. Les communiqués officiels diffusés par radio ou dans les journaux ne reproduisent presque jamais le texte intégral des règlements et atteignent néanmoins leur but. Si un particulier désire connaître dans le détail l'interdiction qui lui est imposée, il lui est loisible de s'adresser à la Chancellerie fédérale ou au bureau de sa commune de résidence. De même l'avocat qui tient à savoir si l'arrêté violé par son client a une base légale. Par contre, l'insertion au R.O. porte sur le texte en entier, y compris le titre et les signatures. C'est logique, car il est indispensable qu'à un endroit au moins il soit possible de se référer au texte original.

2. Publication simultanée.

Le R.O., malgré ses imperfections qui obligent aujourd'hui les autorités fédérales à le reléguer au second plan, a un avantage sur le système de publication matérielle : l'insertion à l'organe officiel élimine toute discussion sur le moment à partir duquel la loi peut être considérée comme publiée. Le jour où paraît le R.O. fait règle pour l'appréciation du caractère obligatoire d'un décret.

Avec le système matériel, au contraire, suivant les moyens employés ou leur application concrète, il peut être difficile de déterminer exactement le moment de la publication. Les autorités doivent donc veiller avec d'autant plus de soin à ce qu'elle ait lieu environ en même temps sur l'ensemble du territoire visé, ou pour tous les intéressés. Seule la radio permet une information réellement simultanée de tous les intéressés; cela ne veut pas dire que l'autorité ne pourrait pas se servir de moyens différents. Le R.O. non plus ne parvient pas au même moment dans toutes les communes du pays.

Ce que le gouvernement doit éviter, c'est l'arbitraire, le « règne du bon plaisir ». Relevons que rares sont en droit fédéral les cas de publication matérielle défectueuse, bien que les pouvoirs publics en fassent depuis plus de cinq ans un abondant usage. Des exemples existent cependant :

Divers règlements fédéraux subordonnent certaines formalités au paiement d'un émolument. Ils n'ont pas été publiés. En revanche, chaque fois qu'un particulier accomplit l'acte prévu, l'autorité l'informe qu'il est tenu de payer une taxe et le renseigne au besoin sur la base légale.

Les raisons qui engagent l'administration à ne pas publier ces règlements sont vraisemblablement d'ordre politique. On estime préférable de ne pas attirer l'attention

du public sur ces ressources anonymes. Ces raisons n'autorisent cependant pas à qualifier ces tarifs de secrets. Aucun intérêt vital du pays ne serait lésé, si ces prescriptions étaient officiellement portées à la connaissance de la population. Nous en déduisons qu'ils ne sont pas obligatoires; les citoyens astreints au paiement des taxes pourraient s'y refuser. Toute autre conclusion ouvrirait grandes les portes au « Polizeistaat » et serait contraire à l'essence de l'Etat de droit.

Il serait aisé de supposer d'autres exemples où pour causes d'oubli, d'accidents etc., diverses parties du pays et certains intéressés seraient renseignés notablement plus tard ou plus tôt que d'autres. Dans des cas de ce genre l'autorité devrait prendre immédiatement les mesures nécessaires pour assurer l'entrée en vigueur des actes législatifs en question au même moment pour tous les intéressés (nous examinerons à p. 219 les moyens à disposition des citoyens pour se défendre contre les actes arbitraires des autorités).

3. Publication officielle.

Elle doit porter la marque de l'Etat. L'insertion dans un organe officiel n'est pas nécessaire, car l'officialité de la communication peut résulter de son texte. Si la loi ou le règlement sont publiés « in extenso », ils indiqueront de quelle autorité ils émanent; le contexte sera signé du président et du secrétaire de cette autorité.

Si la publication a lieu sous forme de communiqué ne rendant que le contenu de l'acte en question, elle devra faire ressortir son caractère officiel d'une manière ou de l'autre, par ex. : « Le Conseil fédéral communique officiellement... ». De même les annonces faites par radio ne doivent laisser aucun doute à cet égard. Les particuliers ne sont pas tenus de se conformer à n'importe quelle injonc-

tion, mais à celle de l'autorité compétente dans l'exercice de ses fonctions.

Supposons qu'un fonctionnaire de l'Office de guerre pour l'industrie et le travail écrive un article dans les journaux, où il annoncerait que la quote-part de charbon des entreprises industrielles sera réduite dès le 1^{er} novembre. Cette communication n'est pas officielle. Elle ne lie ni l'Office de guerre en question, ni les entreprises; la mesure n'est pas obligatoire.

En résumé, nous pouvons dire : *Dans les limites de l'Etat de droit, le C.F. choisit librement le mode de publication des lois et règlements. Lorsque les actes législatifs ne paraissent pas au R.O., ou s'ils doivent être mis en vigueur immédiatement, l'information doit être officielle, effective et, autant que faire se peut, simultanée pour tous les intéressés.*

Après en avoir réuni tous les éléments, nous pouvons répondre à la question posée sous chiffre II (p. 157). Nous avons vu tout d'abord que, par la force des choses, une loi ou un règlement ne peuvent être obligatoires qu'après leur publication. Cette règle souffre une exception : le règlement tenu secret, qui n'est admissible que si la défense des intérêts supérieurs de l'Etat le commande.

Faute d'une réglementation du « jus scriptum », la publication qui confère aux lois et règlements leur caractère obligatoire n'est pas soumise à des conditions de forme. Le C.F. apprécie dans les limites de l'Etat de droit. Les actes qui ne sont pas insérés au R.O. doivent être portés à la connaissance des intéressés d'une manière officielle, effective et susceptible de les atteindre à peu près en même temps.

Réponse à la question II : *Un acte d'information officiel, effectif et s'adressant simultanément à tous les intéressés est nécessaire au caractère obligatoire des lois et règle-*

ments qui ne sont pas insérés au R.O. ou qui sont publiés autrement avant de paraître dans cet organe. Les règlements secrets font seuls exception à cette règle.

III. CONCLUSIONS

La question posée dans cette section (p. 109) était celle-ci : « La publication est-elle une condition du caractère obligatoire des lois et règlements fédéraux » ?

Nous y répondons :

En droit fédéral, l'insertion au R.O. n'est pas une condition du caractère obligatoire des lois et règlements. Lorsque ceux-ci ne paraissent pas dans cet organe, ils ne sont obligatoires qu'après avoir fait l'objet d'un acte d'information officiel, effectif et s'adressant simultanément aux intéressés; les règlements secrets font seuls exception à cette règle.

Section II. RÉGIME DES POUVOIRS EXTRAORDINAIRES DU CONSEIL FÉDÉRAL

L'étude de la publication des lois et règlements en droit suisse serait incomplète si elle ne s'étendait au droit fondé sur les pouvoirs extraordinaires du C.F. (arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de la neutralité). Les règlements dits « d'économie de guerre » sont actuellement la source la plus abondante de notre droit positif. Si les développements qui suivent visent le droit fédéral, leurs conclusions s'appliquent aussi aux cantons qui ont accordé des pouvoirs spéciaux et étendus à leur gouvernement, quel qu'en soit d'ailleurs le fondement juridique.

La nature d'un droit de nécessité qui n'a pas sa source dans la Constitution a fort préoccupé la doctrine. Que tout Etat puisse se trouver un jour ou l'autre dans une situation où les normes en vigueur ne suffisent plus à faire face

aux exigences de l'heure paraît incontestable. Plus complexe est en revanche la question de savoir si les mesures exigées par les circonstances sont d'ordre juridique bien qu'elles contredisent les lois et la Constitution. Et pourtant il paraît indispensable d'assurer la légitimité des mesures prises afin que ceux qu'elles visent ne puissent mettre leur caractère obligatoire en discussion et avoir le sentiment d'être livrés à l'arbitraire. Notons d'ailleurs que la nature du droit de nécessité tel qu'il est issu de l'arrêté fédéral précité est étrangère à notre sujet; aussi la laisserons-nous de côté. Il nous importe et suffit de constater que si les juristes sont partagés sur ce point, *ils sont d'accord pour affirmer que les pouvoirs conférés au C.F. par l'arrêté de 1939 relèvent du droit*¹.

L'étendue des pouvoirs du C.F. est fixée par l'art. 3 de l'arrêté fédéral de portée générale non urgent du 30 août 1939 en ces termes :

« L'Assemblée fédérale donne au Conseil fédéral pouvoir et mandat de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la sécurité, l'indépendance et la neutralité de la Suisse, pour sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays et pour assurer l'alimentation publique. »

Cette disposition diffère de l'article 3 de l'arrêté fédéral de portée générale urgent du 3 août 1914² en ce que ce dernier parlait de pouvoirs « illimités ». En outre l'art. 6 de l'arrêté de 1939 apporte un élément nouveau :

¹ Certains auteurs soutiennent que le régime des pleins pouvoirs est consacré par la Constitution fédérale; ainsi VON WALDKIRCH B. 66 p. 21 et suiv., ou SULZER B. 63 p. 63. D'autres auteurs plus nombreux estiment qu'il se justifie par le droit naturel notamment. FLEINER B. 19 p. 217. HOERNI : *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, thèse de droit, Genève 1917. JÈZE combat cette opinion dans son ouvrage *L'exécutif en temps de guerre*, Paris 1917, p. 112 et suiv. Enfin, plusieurs juristes croient pouvoir dire que les pleins pouvoirs ont une origine de droit coutumier; c'est le cas de FAVRE B. 18 p. 33 et suiv.; ZOLLER B. 68 p. 94 et suiv.; LACHENAL B. 38 p. 362 et suiv.; OSWALD B. 51 p. 514 et suiv.

² R.O. 1914 p. 347.

« Les deux conseils nomment des commissions permanentes qui examineront les rapports du Conseil fédéral.

» Celui-ci consultera si possible les commissions des deux conseils avant de prendre des mesures importantes. »

On serait tenté de déduire de la suppression du mot « illimité » à l'article 3 et de l'établissement de commissions parlementaires permanentes que les pouvoirs concédés en 1939 au C.F. sont moins étendus que ceux qu'il détenait en 1914. Ce n'est pourtant pas le cas : les attributions du gouvernement fédéral sont aujourd'hui tout aussi vastes que de 1914 à 1918. Le rapport du C.F. du 3 avril 1939 en fait foi ¹. NIETLISPACH précisait aussi que les commissions permanentes prévues à l'article 6 de l'arrêté du 30 août 1939 ne devaient « en aucun cas » (p. 523) être considérées comme une restriction apportée aux pouvoirs du C.F. Elles doivent servir de trait d'union entre le gouvernement et les représentants du peuple. En fait, elles exercent une influence réelle sur les décisions du C.F. et l'ont même obligé à modifier sa manière de voir sur certaines questions.

Dans l'accomplissement de sa tâche, le C.F. peut-il agir en marge des lois et de la Constitution ? Le T.F. l'avait admis en 1915 dans la célèbre affaire *Millioud* ² : « Bien que la Constitution ne renferme pas de dispositions formelles dans ce sens, il n'est pas douteux que lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, le Conseil fédéral est chargé de prendre toutes mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la Constitution dans cette œuvre indispensable. Le prévenu reconnaît lui-même qu'il peut être amené à restreindre certaines garanties constitutionnelles, mais il veut qu'il respecte au moins les dispositions organiques de la Consti-

¹ F.F. 1939 I p. 539 et suiv.

² A.T.F. 41 I p. 553 et 554.

tution. Mais cette délimitation est tout arbitraire et il est manifestement impossible de prescrire au gouvernement de s'arrêter à un point déterminé, si le salut du pays exige qu'il aille au delà. »

N'est-ce pas l'antique principe « *salus publica suprema lex esto* »¹ ou le « *Not kennt kein Gebot* » ?

Quid sous le régime actuel des pleins pouvoirs ? Dans l'arrêt de principe *Banque commerciale de Soleure S. A. contre Etat de Genève*², le T.F. refuse expressément d'annuler des règlements de l'économie de guerre « même si ceux-ci s'écarterent des règles de la Constitution ». Dans leurs rapports présentés à la Société suisse des juristes en 1943³, OSWALD et LACHENAL trouvent que c'est légitime. A leur avis, la limite des pleins pouvoirs tient dans cette formule : « Tout ce que réclame la tâche à accomplir, rien au delà »⁴. LAUTNER⁵ partage cette opinion.

Il résulte de ce qui précède que l'Assemblée fédérale a conféré au C.F. des attributions qu'elle-même ne tenait pas de la Constitution. En édictant l'arrêté du 30 août 1939, elle a donc fait œuvre de constituant, puisqu'elle l'autorisait à s'affranchir de la Constitution. L'arrêté du 30 août 1939 est donc d'essence constitutionnelle. Conséquence : actuellement nous ne vivons pas en Suisse sous l'empire de la Constitution du 29 mai 1874, mais sous celle du 30 août 1939; les dispositions de la première ne sont valables que dans la mesure où la seconde le permet. Selon Burckhardt⁶ : « La Constitution n'est pas un produit de l'Etat, mais un élément constitutif de celui-ci. »⁷ Si la

¹ CICÉRON : *De legibus*, liber III, cap. 3.

² A.T.F. 68 II p. 317.

³ OSWALD B. 51 p. 515; LACHENAL B. 38 p. 373.

⁴ LACHENAL B. 38 p. 372.

⁵ LAUTNER B. 42 p. 160 et 161.

⁶ BURCKHARDT B. 7 p. 52.

⁷ « Die Verfassung ist nicht ein Produkt des Staates, sondern das konstituierende Element des Staates. »

Constitution change, l'Etat en fait de même. L'arrêté de 1939 signifie que les normes constitutionnelles et légales en vigueur avant le 30 août 1939 ne s'appliquent que dans la mesure où la législation fondée sur son art. 3 n'y déroge pas. Or, le C.F. prononce souverainement à cet égard (sous réserve du contrôle effectif des Chambres par l'intermédiaire des commissions permanentes des pleins pouvoirs); chaque fois qu'il s'écarte de la Constitution de 1874, il est présumé agir sous l'empire de la nécessité.

Nous nous sommes arrêtés quelque peu à l'étendue des pouvoirs du C.F. pour souligner que les règles, valables en temps ordinaires, ne le sont pas nécessairement sous le régime actuel. La situation juridique créée par l'arrêté du 30 août 1939 est nouvelle : il se pourrait donc fort bien que par arrêtés le C.F. ait modifié en matière de publication les règles antérieures pour en établir d'autres. L'a-t-il fait, et si oui, s'est-il rangé au système formel ou matériel ?

Le gouvernement n'a pas édicté de règlements à ce sujet. Il paraît avoir repris sans changement les normes en vigueur avant 1939. Nous verrons cependant tout à l'heure qu'en pratique il a donné à la publication matérielle une impulsion considérable. De principal organe de publication, le R.O. est en passe de devenir toujours davantage une collection des actes législatifs importants.

Une autre question se pose : Si le C.F. est entièrement libre dans le choix des méthodes d'information, peut-il déroger aux critères de publication que nous avons rappelés à p. 172 ci-dessus ? S'il n'est pas tenu par la Constitution de 1874, ne peut-il pas faire fi des conceptions propres à l'Etat de droit ?

Rappelons, comme nous l'avons déjà fait observer, que l'on s'accorde à reconnaître que le régime de nécessité relève du droit. Sans en sortir, le C.F. pourra certainement,

dans une situation toute spéciale, se voir contraint de se servir de moyens d'information inusités pour y faire face; en revanche, on ne voit pas qu'il puisse jamais être obligé d'agir en marge des principes à la base de tout Etat de droit.

En matière de publication, le gouvernement est présumé agir légitimement, quand il décrète qu'un règlement sera gardé secret. C'est à lui seul de déterminer dans quels cas une pareille mesure s'impose; il est tenu, cependant, de le préciser dans l'arrêté lui-même. Nous admettons qu'il en est de même d'un décret publié tardivement, à la condition, bien entendu, que le gouvernement l'ordonne expressément; en fait nous ne voyons guère de cas où cette mesure pourrait être utile, et n'en connaissons aucun où elle aurait été décrétée. Une règle analogue vaut également pour une publication différenciée par région; en cas de guerre ou de troubles intérieurs, il est concevable que le C.F. puisse se trouver dans l'impossibilité de faire connaître ses injonctions en même temps sur l'ensemble du territoire de la Confédération. Le caractère obligatoire ne s'en trouvera pas compromis pour autant. En cas de nécessité, la sauvegarde de l'ordre juridique fédéral est entièrement remise au gouvernement, sous réserve du contrôle de la commission des pleins pouvoirs. Situation dangereuse, il est vrai; mais admissible dans des circonstances particulières. A ce moment-là, le seul contrepoids effectif à l'autorité du C.F. est l'opinion publique s'exprimant librement par la presse.

Après avoir constaté que, juridiquement, le C.F. a une très grande liberté dans le domaine de la publication, il convient de s'arrêter quelque peu à la pratique de l'administration de guerre et à la jurisprudence des cours pénales du Département fédéral de l'économie publique :

Nous croyons pouvoir discerner une importante évo-

lution depuis le début de la guerre. Lors du conflit précédent, la Division de justice et de police adoptait encore pleinement la conception de la publication formelle. Exemple : Une ordonnance de la direction militaire des chemins de fer du 13 janvier 1916 sur le déchargement des wagons avait été appliquée sans avoir été publiée. La Régie des alcools l'avait enfreinte par ignorance. Consultée par cette autorité, la Division de justice déclarait que, pour être obligatoire, le règlement incriminé aurait dû paraître au R.O. ¹ En 1939, cette autorité soutint encore la même opinion concernant la publication d'un règlement sur l'importation de semences de maïs ². Cette dernière décision, qui empruntait son argumentation à l'arrêt *Lolli* (lequel la tenait de Laband) avait primitivement inspiré la Centrale fédérale de l'économie de guerre dans la rédaction de directives internes sur la publication des règlements d'économie de guerre, adressées le 2 janvier 1941 aux offices de guerre et à leurs sections. Ces directives précisaient que tous les arrêtés, ordonnances et instructions, émanant du C.F., de son Département de l'économie publique ou de l'une de ses sections, ne devenaient obligatoires « einzig und allein » que par leur insertion au R.O. Seules les décisions d'espèce, envoyées par lettre chargée aux personnes visées, en étaient dispensées.

Survint l'arrêt *Moulin Rod S. A.* (voir p. 150 et 151); le T.F. déclarait que ce qui importait lors de la publication d'un acte législatif, c'était « d'atteindre sans faute les intéressés ». L'effet de cette décision ne devait pas tarder à se faire sentir. La Centrale fédérale de l'économie de guerre envoyait le 15 avril 1941 à tous les offices et sections de

¹ Consultation N° 225 du Département de justice et police du 27 mars 1917.

² Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, fasc. 13 (1939) p. 19.

l'économie de guerre de nouvelles directives internes dont nous transcrivons le passage suivant :

« Zur Erlangung der Rechtskraft ist die Veröffentlichung eines kriegswirtschaftlichen Erlasses in der Eidgenössischen Gesetzessammlung nicht erforderlich :

» *a*) wenn er sich an eine bestimmte Einzelperson richtet (Einzelverfügung, Einzelweisung);

» *b*) wenn er sich an eine feststehende Mehrheit von Einzeladressen richtet (z.B. an kantonale und kommunale Behörden, an die Mitglieder eines Verbandes oder Syndikates) oder einen beschränkten, aus dem Inhalt des Erlasses in seinem Umfang bestimmbaren Kreis von Interessenten erfasst (z.B. die Angehörigen einer bestimmten Branche) und überdies die von der verfügenden Behörde nach Gutdünken zu wählende Form der Bekanntmachung Gewähr dafür bietet, dass jeder durch die Verfügung betroffene von ihr Kenntnis erlangt oder bei der schuldigen Sorgfalt erlangen kann.

» Alle übrigen Erlasse, die ihrer Natur nach eine allgemeine und abstrakte Regelung enthalten und sich an eine unbestimmte Vielheit wenden, bedürfen nach wie vor der Publikation in der eidgenössischen Gesetzessammlung, um allgemein wirksam zu werden. Sie sind jedoch... schon vor der Publikation für alle diejenigen verbindlich, die sei es durch Radiomeldung, sei es auf andere Weise von ihnen tatsächlich Kenntnis hatten oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit haben konnten. »

Ces directives claires et sans équivoques ouvraient aux organes de l'économie de guerre de nouvelles perspectives quant aux possibilités de renseigner les particuliers. Notons cependant qu'avant le 15 avril 1941 les pouvoirs publics avaient dû, bon gré mal gré, recourir à des méthodes d'information plus rapides et efficaces (surtout en automne 1940, alors qu'un vent de panique s'était emparé

des acheteurs de denrées alimentaires et d'articles courants). Pour éviter l'accaparement, plusieurs interdictions de livraison furent décrétées et mises en vigueur d'une heure à l'autre ¹, après avoir été diffusées par radio et publiées dans la presse. Relevons d'autre part que le Service fédéral du contrôle des prix et de nombreuses sections de l'Office de guerre pour l'alimentation et de l'Office de guerre pour l'industrie et le travail renonçaient d'emblée au R.O., cet organe n'étant pas en mesure de contenir les multiples prescriptions à caractère temporaire et très spécialisé de ces administrations. Elles firent en revanche un abondant usage de circulaires recommandées. D'autre part, les arrêtés du C.F. insérés au R.O. observent rarement la règle posée par l'art. 36 de la loi de 1902, aux termes de laquelle les actes législatifs entrent en vigueur cinq jours après avoir été publiés. La règle est même en sens inverse, car la majorité des arrêtés du C.F. sont déclarés obligatoires dans les cinq jours qui suivent l'insertion au R.O. ou même avant celle-ci. Un pointage des règlements du C.F. fondés sur l'arrêté fédéral du 30 août 1939 révèle que sur 342 arrêtés contrôlés, 59 sont conformes à l'art. 36 de la loi de 1902 et sont entrés en vigueur cinq jours ou plus après leur insertion au R.O.; 159 avant que le délai de cinq jours fût écoulé; 97 portent une date d'entrée en vigueur précédant la publication au R.O. et 27 étaient mis rétroactivement en vigueur. Il en résulte qu'un arrêté du C.F. sur six est conforme à l'art. 36 de la loi de 1902.

A la suite des directives de la Centrale fédérale de

¹ Ce fut notamment le cas de la publication de l'ordonnance du Département fédéral de l'économie publique du 4 octobre 1940 sur la livraison de viande de porc fraîche qui interdisait la vente et l'achat à partir du 7 du même mois à 00 h. et qui fut radiodiffusée le 6 octobre dans l'émission des nouvelles du soir. Il en est de même aussi de l'ordonnance N° 9 du Département fédéral de l'économie publique du 1^{er} novembre 1940 interdisant la vente d'articles en laines, cotons, toiles, etc., ainsi que des savons et produits à lessive à partir du 2 novembre à 00 h. Cette ordonnance fut radiodiffusée le 1^{er} novembre, pour être obligatoire dès l'heure de minuit.

l'économie de guerre, les pouvoirs publics firent de leur mieux pour adapter la publication aux nécessités actuelles et atteindre effectivement les intéressés. Les dispositions visant les commerçants paraissent très fréquemment dans la Feuille officielle suisse du commerce et nombre d'entre elles n'ont été publiées que dans cet organe ¹. Il tient aussi lieu de moyen supplémentaire de publication, lorsque le texte légal est envoyé simultanément aux intéressés ². De son côté, la Chancellerie fédérale trie les actes à insérer au R.O.; elle en élimine ceux de courte durée. D'autre part, pour faciliter le travail d'assimilation de l'abondante production législative, la Centrale fédérale de l'économie de guerre fait un large usage de communiqués explicatifs joints au texte publié. Dans le domaine de l'alimentation notamment, des slogans sont lancés rappelant aux ménagères les principaux commandements du rationnement.

Cette évolution ne paraît d'ailleurs pas terminée; il est à souhaiter que les méthodes de publication soient unifiées dans toute l'économie de guerre. Au titre suivant, nous tenterons d'indiquer les principaux points à régler.

¹ C'est notamment le cas des instructions N° 34 de la Section des viandes de mars 1943 (*Feuille officielle suisse du commerce* N° 50, p. 483); instructions N° 21 de la Section des métaux du 26 février 1943 (*Feuille officielle suisse du commerce* N° 50 p. 485); instructions de la Section des marchandises de l'Office de guerre pour l'alimentation du 8 mars 1943 concernant la fabrication et la livraison de pâtes alimentaires (*Feuille officielle suisse du commerce* N° 63 p. 607); instructions de la Section du lait et produits laitiers du 24 mars 1943 concernant l'évaluation en coupons du fromage en boîte quart-gras (fromage fondu) (*Feuille officielle suisse du commerce* N° 70, p. 681), etc., etc.

² Il en fut ainsi des instructions de la Section des produits chimiques et pharmaceutiques du 17 avril 1943 concernant la livraison et l'achat d'insuline. Les pharmaciens furent en outre informés directement de la réglementation intervenue (*Feuille officielle suisse du commerce* N° 89 du 20 avril 1942). Un cas semblable se présenta lors de la publication des instructions N° 1 de la même Section du 2 juin 1942 tendant à développer l'extraction du benzol ainsi que la production et le traitement du goudron de houille. Les usines à gaz étaient les seules entreprises intéressées. Les instructions leur furent communiquées directement par leur association professionnelle, et publiées en outre dans la *Feuille suisse du commerce* N° 126 du 4 juin 1942.

Il est intéressant de noter que, faute de normes strictes, certaines sections de l'administration de guerre ont édicté des règles à ce sujet dans un domaine particulier. C'est notamment le cas de la Section des produits chimiques et pharmaceutiques de l'Office de guerre pour l'industrie et le travail, qui prescrit à l'article 5 de son ordonnance N° 1 B du 26 février 1941 concernant le rationnement de la benzine roumaine de première qualité, des produits de la distillation de la benzine, des hydrocarbures benzéniques ainsi que de la benzine mi-lourde pour les usages chimiques et mécaniques ¹ :

« Les contingents sont fixés, en règle générale, par mois. Ils sont publiés, sous forme d'instructions de la Section, dans la Feuille officielle suisse du commerce. »

Précisons que l'ordonnance N° 1 B avait elle-même paru au R.O. Dans la suite la Section de chimie devait agir de même dans d'autres domaines ².

Cette procédure est correcte. Elle évite ce sentiment d'incertitude que risque de provoquer l'emploi de méthodes d'information que l'autorité n'a pas consacrées au préalable par un texte légal. Elle a aussi l'avantage de substituer résolument la Feuille officielle suisse du commerce au R.O., car le premier organe a sa place dans toute entreprise commerciale d'une certaine importance, ce qui n'est pas le cas du second.

La pratique de l'administration fédérale de l'économie de guerre n'est donc pas uniforme. Dès 1940, les circons-

¹ Voir *Feuille officielle suisse du commerce* N° 50 du 28 février 1941.

² On trouve des dispositions analogues à celle citée, notamment à l'art. 1^{er} de l'ordonnance N° 9 de l'Office de guerre pour l'industrie et le travail du 29 décembre 1941 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en graisses et en huiles pour usages industriels; art. 4 des instructions N° 2 de la Section des produits chimiques et pharmaceutiques de l'Office de guerre pour l'industrie et le travail du 31 mars 1943 sur la production, la livraison et l'acquisition de la colle et de la gélatine; art. 1^{er} des instructions N° 4 de la même Section du 26 juin 1943 sur l'approvisionnement du pays en glycérine, etc., etc.

tances l'ont obligée à perfectionner ses méthodes d'information. Le R.O. a nettement passé à l'arrière-plan pour faire place à la publication dite matérielle.

Face à cette évolution, quelle est l'attitude des cours pénales de l'économie de guerre (appelées primitivement : commissions pénales de l'économie de guerre), qui sont les organes judiciaires compétents pour connaître de toutes infractions aux prescriptions de cet ordre, édictées par les pouvoirs publics fédéraux ?

A diverses reprises, elles se sont prononcées sur des règlements dont le caractère obligatoire était contesté, pour n'avoir pas été publiés régulièrement. En voici les principaux :

a) Le 11 juillet 1940 ¹, le juge unique de la 2^e Commission pénale condamnait pour négligence un accusé qui prétendait n'avoir pas reçu une ordonnance qu'il savait devoir lui être adressée par circulaire. Tacitement le juge admettait donc qu'une ordonnance communiquée aux intéressés par circulaire était obligatoire.

b) L'interdiction de vendre de la viande fraîche de porc avait été portée à la connaissance du public par radio le 6 octobre 1940, pour entrer en vigueur le jour suivant à 00 h. Le 7 octobre, le boucher X vendait encore 15 kg de viande interdite. Traduit devant le juge unique de la 2^e Commission pénale, il reconnut avoir entendu la communication radiophonique, mais alléguait n'y avoir pas prêté attention, dans l'attente d'un avis écrit. La commission le reconnut coupable d'un délit intentionnel. Elle admettait dès lors implicitement le caractère obligatoire d'une prescription publiée uniquement par radio.

c) Le 11 décembre 1940, le juge unique de la même Commission avait condamné une prévenue nommée G.

¹ Entscheide der strafrechtlichen Kommissionen des EVD, I. Jahrgang, Heft 2, Mai 1941, p. 62.

pour avoir livré dans la matinée du 2 novembre 1940 des savons et produits à lessive à vingt clients, malgré l'interdiction de vente annoncée par radio le 1^{er} au soir.

L'accusée porta l'affaire en temps utile devant la Commission de recours, et fit valoir qu'elle n'était pas tenue de prêter attention aux émissions radiophoniques. S'étant renseignée auprès de sa commune, celle-ci lui avait dit que la radio n'était pas un moyen officiel de publication; seuls les textes insérés au R.O. étaient susceptibles d'être appliqués.

L'autorité de recours confirma le jugement de première instance pour les motifs suivants : la recourante ne niait pas avoir connu l'interdiction de vente; en refusant de s'y conformer, elle avait commis une faute. S'il n'y avait pas lieu de retenir à sa charge une intention délictueuse, sa négligence ne faisait par contre aucun doute. Elle n'aurait pas dû sans autre se baser sur des renseignements inexacts :

« Il va de soi que le législateur peut arrêter à sa guise la date d'entrée en vigueur de nouveaux règlements (pour l'ordonnance N^o 9 ce terme a été fixé expressément au 2 novembre 1940 à 00 h.). Dès l'instant fixé le public est tenu, sous peine de sanctions pénales, de se conformer à la norme édictée. Selon les principes généraux du droit pénal, une contravention devrait être poursuivie même si les dites prescriptions n'étaient pas parvenues à la connaissance du contrevenant. « A fortiori » doit-on admettre dans le cas présent que l'acte était répréhensible pénalement, puisque l'inculpé reconnaît expressément avoir eu connaissance de l'ordonnance enfreinte. ¹ »

¹ « Es versteht sich von selbst, dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Inkrafttretens neuer Verordnungen beliebig bestimmen kann — bei der Verfügung N^r 9 wurde als Termin ausdrücklich der 2. November 1940, 00 Uhr festgesetzt — und dass das Publikum von diesem Zeitpunkt an bei Straffolge verpflichtet ist, sich an die erlassenen Vorschriften zu halten. Eine Uebertretung wäre nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen selbst

Avant de commenter cet arrêt, nous en citerons un autre qui lui est semblable.

d) Le 6 mars 1943, la Commission pénale de recours se prononçait sur l'affaire ci-après :

Demoiselle S. avait vendu du savon le 2 novembre 1940 jusqu'à 10 heures du matin. Elle prétendit n'avoir eu connaissance que par ouï-dire de la communication radiophonique du 1^{er} novembre au soir, interdisant de livrer du savon dès le lendemain matin à 8 heures. Ce n'est qu'à 10 heures que le voyageur du siège principal de sa maison l'informait de la mesure prise.

La Commission rejeta le recours de demoiselle S. en ces termes : « Même si l'accusée disait vrai, en affirmant n'avoir pas eu connaissance de la communication radiophonique (ce qui paraît d'ailleurs très invraisemblable, vu que la nouvelle de l'interdiction de livraison s'était immédiatement répandue dans toutes les couches de la population), elle n'était quand même pas autorisée à continuer sans autre la vente, jusqu'au moment où le siège principal de l'entreprise l'avisait de l'interdiction. Dans la succursale dirigée par elle, la recourante était personnellement responsable du respect des prescriptions de l'autorité; elle avait donc le devoir de s'enquérir auprès des pouvoirs compétents, pour savoir s'il s'agissait d'un simple bruit ou d'une interdiction de livraison effective. Puisque, d'après les principes généraux du droit, l'ignorance des lois n'assure pas l'impunité, à combien plus forte raison doit-il en être ainsi en l'espèce, où l'accusée, par négligence, continua à vendre les articles interdits, sans égard aux indications de ses clients et sans se renseigner

dann zu ahnden, wenn die betreffenden Vorschriften gar nicht zur Kenntnis des Täters gelangt wären. Umsomehr ist die Strafbarkeit im vorliegenden Fall anzunehmen, wo die Beschuldigte ausdrücklich zugibt, die übertretene Verfügung gekannt zu haben. » — Cet arrêt n'a pas été publié.

par exemple au siège principal de l'entreprise sur la situation juridique véritable. ¹ »

Ce serait sortir du cadre de la présente étude que de commenter le côté pénal de ces deux décisions où la Commission de recours se déclare prête à opposer « error juris nocet » à ceux qui contreviendraient à une prescription même s'ils ne pouvaient la connaître. On ne peut que regretter qu'en matière d'économie de guerre ce principe battu en brèche par le droit pénal moderne trouve encore des adeptes ². Vouloir à tout prix établir en matière pénale une présomption de connaissance des actes législatifs n'est qu'un aveu d'impuissance de la justice pénale (cf. ci-dessus p. 125). Il nous importe d'observer ici que la cour pénale de recours n'hésite pas un instant à reconnaître le caractère obligatoire d'un règlement publié uniquement par radio. Elle ajoute qu'il n'est nullement nécessaire que l'intéressé ait eu connaissance de l'interdiction pour qu'elle lui soit applicable, ce qui est exact à condition qu'il ait eu la possibilité d'en prendre connaissance. Ceci suppose une

¹ « Auch wenn die Behauptung der Beschuldigten zutreffen sollte, wonach sie von der Radiomeldung nichts vernommen hatte (was allerdings recht unwahrscheinlich klingt, da die Kunde von der Bezugssperre sofort in allen Bevölkerungskreisen bekannt wurde), berechtigte das die Filialeleiterin nicht, unbekümmert mit dem Verkauf fortzufahren, bis sie vom Hauptgeschäft eine andere Weisung erhielt. Die Rekurrentin war persönlich dafür verantwortlich, dass in dem von ihr geleiteten Geschäft den behördlichen Anordnungen nachgelebt wurde und sie hatte sich daher an zuständiger Stelle darüber zu erkundigen, ob es sich um ein blosses Gerücht oder um die tatsächlich erfolgte Bezugssperre handle. Wenn schon nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen die Unkenntnis des Gesetzes nicht vor Strafe schützt, so galt dies umso weniger im vorliegenden Fall, wo die Beschuldigte in fahrlässiger Weise... die gesperrten Artikel weiterverkaufte, ohne sich um die Mitteilungen der Kundschaft zu kümmern und ohne sich z.B. durch kurze Anfrage beim Hauptgeschäft über die Rechtslage zu vergewissern. » — Entscheide der strafrechtlichen Kommissionen des EVD, I. Jahrgang, Heft 6, Oktober 1941, p. 227.

² Les commissions pénales admettent d'une manière générale la validité du principe « nul n'est censé ignorer la loi », comme en témoignent les arrêts suivants : « Entscheide der strafrechtlichen Kommissionen des EVD, 1^{re} année, cahier 4, juin 1941 (p. 147), cahier 3, mai 1941 (p. 93 et suiv.), cahier 6, octobre 1941 (p. 231).

publication. Il est donc faux d'affirmer (comme elle le fait dans l'arrêt G.) que le public est lié dès le jour fixé pour l'entrée en vigueur d'un décret, car à défaut de publication, cette date reste sans effet juridique.

Toutes les décisions énumérées ci-dessus ont ceci de commun, qu'aucun juge n'estime l'insertion au R.O. nécessaire au caractère obligatoire des règlements. Cette idée ne paraît même pas avoir effleuré les cours pénales. Leur jurisprudence constante vient ainsi confirmer la position prise par le T.F. dans l'affaire Moulin Rod S.A. et celle de la Centrale fédérale de l'économie de guerre dans ses directives internes du 15 avril 1941 ¹.

¹ Il convient cependant de citer un avis de droit de la Division fédérale de justice du 26 septembre 1940, qui traite de la publication par radio. Ladite autorité soutient que la communication par radio n'a qu'un caractère informatif, qui ne peut remplacer l'insertion au R.O., car personne n'est tenu de posséder un appareil de T.S.F. La Division de justice déclare que l'acte est obligatoire dès sa date d'entrée en vigueur, mais que l'application d'une sanction pénale à une personne qui aurait violé une disposition publiée par radio lui paraîtrait inconciliable avec les principes du droit pénal; elle laisse cependant la question ouverte (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, fascicule 14, 1940 p. 29 et 30).

Cet avis part de l'idée que le R.O. permet toujours d'opposer aux contrevenants l'adage *error juris nocet*. Nous ne pensons pas devoir réfuter à nouveau cette opinion. Ainsi, en déclarant que nul n'est tenu de posséder un appareil de T.S.F., la Division met en parallèle le R.O. présumé connu de tous. Or c'est là qu'elle se trompe, puisque dès le moment où cette présomption tombe (art. 20 C.P.S.) le R.O. reste une mesure d'information théorique (puisque le public ne le connaît pas), alors que la T.S.F., sans toucher tout le monde (ce qui est impossible), atteint la très grande majorité des intéressés.

Quant à l'application de sanctions aux personnes qui violent les règlements publiés par radio, la jurisprudence des cours pénales de l'économie de guerre et celle de la cour d'appel (postérieure à l'avis de la Division de justice) est sans équivoque. Nous ne pensons pouvoir mieux faire que de citer la décision prise à l'unanimité par les présidents des cours pénales de l'économie de guerre le 6 janvier 1941 : « Einhellig wird die Auffassung vertreten, dass nicht einzig die Veröffentlichung eines Noterlasses in der eidg. Gesetzesammlung massgebend sein kann für dessen Inkrafttreten. Sobald dargetan ist, dass ein Beschuldigter durch Radio, Tageszeitung oder durch besondere Mitteilungen der Kriegswirtschaftsämter und ihrer Organe vom Inkrafttreten eines Noterlasses Kenntnis erhalten hat, so ist er schuldig zu erklären, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. » (Beschlüsse der Präsidentenkonferenz der strafrechtlichen Kommission des EVD, p. 16). Les jugements les plus récents sont encore conformes à ces directives. Dans l'affaire M. R. jugée le 23 février 1944 par la 2^e Commission pénale, le juge unique admet que le prévenu devait connaître des instructions parues dans la *Feuille officielle suisse du commerce* (arrêt non publié).

Arrivé au terme de notre étude de la publication sous le régime des pouvoirs extraordinaires du C.F., nous constatons que les principes exposés dans la Section I, concernant le droit fédéral en temps ordinaire (p. 109 et suiv.) régissent également le droit fondé sur l'arrêté fédéral du 30 août 1939. Ceci nous dispense de formuler de nouvelles conclusions. Nous nous référons donc à ce que nous avons dit à p. 180.

Section III. DROIT CANTONAL

Nous ne remettons pas en discussion les points acquis au cours de l'étude du droit fédéral. La théorie de la publication formelle, qui, à n'en pas douter, était celle de la majorité des constituants et législateurs cantonaux, n'a force de droit que dans la mesure où la législation ou encore la coutume l'ont consacrée. La plupart des prescriptions cantonales en vigueur sont anciennes; quelques-unes remontent même à plus d'un siècle. L'intention des constituants et législateurs qui ne s'exprimerait pas clairement dans les textes nous paraît sans importance aujourd'hui, car les circonstances se sont modifiées depuis lors. La coutume joue un rôle appréciable; en maints cantons, elle complète le « jus scriptum » ou y supplée entièrement lorsqu'il est inexistant.

De même qu'en droit fédéral, la volonté des cantons de ne reconnaître comme obligatoires que les lois et règlements publiés d'une manière ou de l'autre ne fait pas de doute.

Rappelons d'autre part que la publication des projets de lois définitifs avant le referendum ne nous intéresse pas directement puisque, au moment où le projet est publié, il n'existe pas encore comme loi, et la question de son caractère obligatoire ne se pose pas. Nous verrons cependant que

le droit positif s'est servi de ce premier acte d'information. Dans plusieurs cantons, le texte inséré à l'organe officiel avant la consultation populaire n'y reparaît plus ensuite; on n'y publie que l'arrêté de promulgation.

L'organe officiel cantonal de publication est une Feuille ou un Bulletin officiel (Amts- ou Kantonsblatt), qui paraît généralement une fois par semaine. Par contre, le R.d.L. n'est, presque partout, qu'une collection d'actes législatifs, dont la parution à des intervalles plus ou moins éloignés n'a pas de portée juridique. Il ne tient lieu d'organe officiel d'information que dans les cantons de *Glaris*, *Zoug*, *Argovie* et *Tessin*.

En étudiant le droit fédéral, nous avons vu que la valeur des normes relatives à la publication des actes législatifs joue un rôle primordial pour l'appréciation des conditions du caractère obligatoire des lois et règlements. Nous examinerons donc séparément les lois et les règlements.

I. LES LOIS

Nous avons réparti les Etats confédérés en trois groupes distincts :

- a) les cantons dont la Constitution prescrit d'une manière générale la publication des lois et règlements;
- b) ceux dont la Constitution ordonne la publication des actes législatifs en vigueur;
- c) ceux dont la Constitution ne parle pas de publication.

A. 1^{re} catégorie : Cantons dont la Constitution prescrit d'une manière générale la publication des lois :

Dans les cantons de *Berne*, *Uri*, *Fribourg* et *Appenzell*, la Constitution déclare que les lois doivent être publiées.

Les articles en question (voir p. 77 et s.) sont conçus en termes très généraux et n'indiquent pas le but de la publication. Sauf à *Uri*, où on les trouve dans le chapitre consacré aux « généralités », réservé aux garanties individuelles des citoyens. En obligeant les pouvoirs publics à publier les lois, ces cantons n'ont-ils pas voulu éviter que les citoyens puissent être rendus responsables d'infractions à des prescriptions qu'ils n'auraient pas connues ou pu connaître ? On voulait dire clairement que seules les lois publiées étaient applicables; en d'autres termes, que la publication était une condition de leur caractère obligatoire.

Est-ce à dire que par publication le constituant voulait que le texte soit republié intégralement après son adoption expresse ou tacite par le peuple ? Si c'était le cas, ni *Fribourg*, ni *Appenzell R.I.* ne rempliraient cette condition; car dans le premier de ces cantons, seul l'arrêté de promulgation est inséré à la F.O., alors que le texte n'y est reproduit qu'avant le referendum, de sorte qu'une nouvelle insertion de l'acte législatif dans le même organe paraît en effet superflue ¹. A *Appenzell R.I.*, les lois sont envoyées aux électeurs avant la *Landsgemeinde* ²; après celle-ci, elles ne sont ni publiées ni promulguées. Cette formalité paraît inutile, puisque tout le peuple peut se convaincre de lui-même le jour de la votation que la loi a été acceptée et qu'elle est entrée en force; l'information résulte de la procédure d'élaboration et d'adoption des lois. Il n'est pas un étranger à *Appenzell* qui ignore qu'une *Landsgemeinde* se tient tel jour, ce qui s'y dit et s'y

¹ Art. 21, 22 et 25 de la loi du 13 mai 1921 sur l'exercice du droit d'initiative constitutionnelle et législative des citoyens et du droit de referendum. Art. 2 et 3 de la loi du 22 novembre 1911 concernant l'application du code civil suisse pour le canton de Fribourg.

² Art. 6 de la *Verordnung vom 21. November 1924 betreffend die Landsgemeinde und die Gemeindeversammlungen*.

décide, tant ce jour est mémorable pour les habitants de ce pays.

Vu les développements ci-dessus, nous pouvons dire qu'à *Fribourg* et à *Appenzell* les conditions de publication posées par le constituant sont remplies, même si l'autorité ne publie pas le texte légal après son adoption définitive.

Notons que dans les quatre cantons de ce groupe, la Constitution ne dit mot de la manière dont les actes législatifs doivent être publiés. On n'y trouve ni renvoi ni allusion à un organe officiel. Le constituant n'a donc pas consacré expressément la théorie de la publication formelle et le législateur est libre de prescrire d'une manière générale ou dans un cas particulier le système d'information qui lui paraît indiqué.

Le T.F. ne semble pas être de cet avis, car dans l'arrêt *Chatton* (A.T.F. 28 I 108), (voir aussi p. 79 ci-dessus), qui a trait à l'applicabilité d'une loi fribourgeoise, il admet qu'en parlant de publication à l'art. 21, le constituant fribourgeois pensait à une publication conforme à la norme légale ou réglementaire applicable; c'est-à-dire à la loi du 6 mars 1834 concernant le mode de promulgation des lois et actes du gouvernement. Comme cette loi prescrivait l'insertion des actes législatifs à la F.O., le T.F. en concluait que seuls les actes qui y paraissaient pouvaient être obligatoires. Il est superflu de revenir sur cette argumentation du T.F., qui ne diffère pas de celle que nous avons combattue à propos du droit fédéral (p. 142 et s.). Répétons cependant que si une loi fribourgeoise soumet le caractère obligatoire des autres lois à leur insertion dans la F.O. (ce qui n'était d'ailleurs pas le cas en l'espèce), une nouvelle loi n'est pas tenue de s'y conformer; elle peut prescrire pour elle-même un autre mode d'information.

À l'exception d'*Appenzell R.I.*, tous les cantons de ce groupe publient leurs lois dans la F.O. (voir p. 40 et 41.)

On peut admettre qu'elles sont obligatoires après cette formalité, sauf disposition contraire du législateur, prescrivant dans un cas particulier un autre mode d'information. A *Appenzell R.I.*, les lois entrent effectivement en vigueur dès leur adoption par la Landsgemeinde.

B. 2^e catégorie: Cantons dont la Constitution ordonne la publication des lois en vigueur :

Dans les cantons de *Zurich*, *Schaffhouse* et *Thurgovie*, le constituant exige que les actes législatifs en vigueur soient publiés. L'art. 40 de la Constitution de *Zurich* confère au Conseil d'Etat : « die rechtzeitige Veröffentlichung... der in Kraft getretenen gesetzgeberischen Akte... ».

Les art. 66 de celle de *Schaffhouse* et 39 de celle de *Thurgovie* sont presque identiques (v. p. 83 et 84), à la seule différence qu'à *Schaffhouse* le mot « rechtzeitig » n'y figure pas. A première vue, il ne paraît pas faire de doute que, dans ces cantons, les lois sont obligatoires avant toute ou même sans publication. C'est l'avis du T.F. dans l'arrêt *Ensslin* (A.T.F. 32 I 504 et suiv.) relatif à l'art. 39 de la Constitution thurgovienne. Selon les fragments de cet arrêt déjà cités à page 84, le T.F. reconnaît, très justement d'ailleurs, que la publication des actes législatifs thurgoviens n'est, dans aucun cas, une condition de leur validité. Mais il va plus loin et fait observer qu'une loi valable n'est pas forcément obligatoire au même moment; ce caractère peut ne lui être acquis que plus tard. Et il ajoute : « Dies ist aber nach positivem thurgauischen Staatsrecht jedenfalls nicht die Regel. Vielmehr ist aus dem bereits zitierten Art. 39 Ziff. 2 der K.V., der den Ausdruck : « in Kraft erwachsenen Gesetze » im Sinne sowohl der formellen wie der materiellen Rechtskraft gebraucht, zu schliessen, dass die Gesetze — im Zweifel und mangels einer abweichenden Normierung im einzelnen Gesetz — sofort mit der for-

mellen Rechtskraft auch materiell verbindliche Kraft erhalten. Für das neue Wirtschaftsgesetz ist die Frage durch die Uebergangsvorschrift des § 39 wiederum in klarer, jeden Zweifel ausschliessender Weise gelöst, indem darin bestimmt ist, dass das Gesetz nach Annahme durch das Volk sofort in Kraft tritt und durch den Regierungsrat vollzogen wird. Das kann nur heissen, dass das Gesetz schon mit der Annahme in der Volksabstimmung und nicht mit einem spätern Moment, etwa der Publikation des Abstimmungsergebnisses verbindliche Kraft teilhaftig wird. Mit dem Vollzug des Gesetzes durch den Regierungsrat ist dabei offensichtlich dessen Ausführung und Anwendung gemeint, eine Tätigkeit, die voraussetzt, dass das Gesetz in Kraft getreten ist, von der die materielle Gesetzeskraft daher nicht abhängen kann. »

Cette argumentation s'applique aussi aux cantons de Zurich et Schaffhouse dont les dispositions constitutionnelles sont pareilles. Mais est-elle pertinente ?

Il serait curieux que trois cantons inscrivent dans leur Constitution que leurs actes sont obligatoires sans être publiés. Cette attitude ne serait-elle pas à l'opposé des constitutions des cantons du premier groupe, qui subordonnent le caractère obligatoire des lois et règlements à leur publication ? N'est-elle pas aussi en contradiction avec les conceptions en vigueur ? On objectera qu'à Zurich et à Schaffhouse (v. p. 83 et s.) les lois sont publiées avant leur adoption par le peuple; le constituant a jugé probablement qu'elles pouvaient entrer en force sans attendre la seconde insertion à la F.O. Cet argument juste en soi est inapplicable à Schaffhouse, car, avant leur adoption par le peuple, les lois n'y sont pas publiées (conformément à notre définition de la page 31), mais envoyées sous pli à chaque électeur, de sorte que la majorité de la population de cet Etat n'est pas censée les connaître officiellement.

Dès lors, et selon l'avis du T.F., une loi pourrait obliger une femme ou un étranger habitant le canton de *Schaffhouse* avant qu'ils aient pu en avoir connaissance. La situation est encore plus paradoxale si l'on songe que les dits articles constitutionnels ne visent pas seulement les lois, mais aussi les règlements qui ne sont pas publiés du tout avant d'être définitifs. Ces règlements seraient-ils obligatoires pour tous, comme l'admet le T.F., sans publication ou avant leur publication ? Cela paraît invraisemblable, d'autant plus que les dispositions zurichoises et thurgo-viennes contiennent encore les mots « *rechtzeitig* », c'est-à-dire que la publication doit avoir lieu « à temps ». A quoi rimerait ce terme, si l'acte était déjà en vigueur au moment où il est publié ? Le mot « à temps » n'indique-t-il pas que la publication est une condition de quelque chose ? Mais on ne voit pas de quoi, dès l'instant où le décret est obligatoire sans elle.

Force nous est de constater que l'interprétation du T.F. ne tient pas. On en vient dès lors à se demander si le mot « *Inkrafttreten* » (entré en vigueur) a vraiment en allemand le sens d'« obligatoire » (*wirksam, verbindlich*) ? *v. Salis*¹ cite le cas d'un arrêté du C.F. du 27 mai 1887 (B.B. 1887 III 20) disposant que la loi du 15 mai 1887 sur les spiritueux entrerait « *mit dem heutigen Tage in Kraft* » et « *vollziehbar erklärt in dem Sinne, dass der Beginn der Wirksamkeit für die einzelnen Teile des Gesetzes durch spätere Schlussnahmen des B.R. festzusetzen ist.* » (A.S. n.F. X. 67.) Le Conseil d'Etat du canton de *Berne* s'adressa au C.F. pour savoir ce qu'il voulait dire par « *Inkrafttreten* ». Le gouvernement répondit : « *Es soll durch den Bundesratsbeschluss konstatiert werden, dass das Alkoholgesetz legislatorisch perfekt geworden, dass aber die Zeitbestimmung für die effektive Invollzugsetzung der*

¹ VON SALIS B. 57 p. 197.

einzelnen Teile späterer Schlussnahmen des Bundesrates vorbehalten werden müsse. » Par « Inkrafttreten » le C.F. désignait donc la « validité » de la loi. Les chancelleries d'Etat de *Bâle-Ville* et de *Zurich*, auxquelles nous avons posé la question, ont bien voulu nous confirmer que selon les conceptions en vigueur dans leurs cantons respectifs le mot « Inkrafttreten » s'entendait d'une loi parfaite au sens constitutionnel, alors que l'expression « Wirksamkeit » répondait à ce que nous appelons le caractère obligatoire. Dans d'autres cas, notamment en droit fédéral, on constate que par « Inkrafttreten » le législateur pensait d'une manière générale plutôt à l'entrée en vigueur effective, ce qui prouve un certain flottement de la terminologie allemande sur le sens de cette notion. Il paraît dès lors très vraisemblable que par « Inkrafttreten » les constitutions des dits cantons ont entendu dire que les lois valables devaient être publiées, et non pas les lois obligatoires. Ceci expliquerait aussi pourquoi ils exigent la publication « à temps » : c'est pour que l'acte législatif parfait puisse être obligatoire aussitôt que possible. Cette interprétation est du reste la seule applicable aux règlements puisqu'ils ne sont publiés qu'une fois parfaits. Le caractère obligatoire suit la publication, alors que la validité la précède. Contrairement à l'avis du T.F., nous croyons pouvoir dire qu'en vertu des *Constitutions zurichoise, schaffhousoise et thurgovienne*, seuls les actes législatifs publiés sont obligatoires. Même s'ils prévoient une entrée en vigueur immédiate, ils n'obligent les intéressés au plus tôt qu'à partir de la publication du texte « in extenso » ou de l'arrêté de promulgation, mais en aucun cas antérieurement.

En revanche, le mode de publication est au choix du législateur. Dans ces trois cantons, l'insertion à la F.O. est usuelle (en *Thurgovie*, les lois et règlements paraissent au R.d.L., donné en annexe à la F.O.). Après adoption de la

loi par le peuple, *Zurich* et *Thurgovie* n'insèrent dans cet organe que l'arrêté de promulgation, car le texte lui-même y a déjà paru avant la votation populaire. *Schaffhouse*, au contraire, publie le texte en entier dans la F.O. après le vote du peuple; avant la votation, il l'envoie sous pli à chaque électeur. Nous avons déjà signalé en droit fédéral que l'insertion à la F.O. de l'arrêté de promulgation (se référant à une publication précédente dans le même organe) était suffisante pour créer le caractère obligatoire d'une loi. Elle donne à tout lecteur dudit arrêté la possibilité de recourir au texte publié antérieurement dans la F.O. Le législateur a la faculté de prescrire dans un cas d'espèce ou d'une manière générale, un autre moyen d'information plus efficace et plus rapide que la F.O., sans compromettre le caractère obligatoire de son œuvre.

C. 3^e catégorie : Cantons dont la Constitution ne parle pas de publication des lois :

La Constitution de tous les autres cantons suisses ne contient pas de dispositions sur la publication. Ce sont les Etats de *Lucerne*, *Schwyz*, *Obwald*, *Nidwald*, *Glaris*, *Zoug*, *Soleure*, *Bâle-Ville*, *Bâle-Campagne*, *Appenzell R.E.*, *Saint-Gall*, *Grisons*, *Argovie*, *Tessin*, *Vaud*, *Valais*, *Neuchâtel* et *Genève*.

L'insertion des lois dans la F.O. n'y est ainsi une condition de leur caractère obligatoire que dans la mesure où elles posent elles-mêmes et pour elles-mêmes cette exigence. Le texte des actes législatifs valables paraît en entier dans cet organe dans les Etats de *Schwyz*, *Nidwald*, *Glaris*, *Zoug*, *Bâle-Campagne*, *Argovie*, *Tessin*, *Vaud*, *Valais* et *Genève*, alors que seul l'arrêté de promulgation y figure dans les cantons de *Lucerne*, *Obwald*, *Soleure*, *Bâle-Ville*, *Appenzell R.E.*, *St-Gall*, *Grisons* et *Neuchâtel*. Ceux-ci publient « in

extenso » l'acte législatif dans la F.O. avant la procédure de referendum ou la Landsgemeinde. *Soleure* et *Grisons* font exception et remettent les projets de loi sous enveloppe aux électeurs. Ce système de publication nous paraît créer dans ces deux cantons une certaine inégalité entre les habitants, car la loi n'est jamais publiée en entier et les électeurs ne représentent qu'une minorité. Si après le vote affirmatif, seul l'arrêté de promulgation est inséré à la F.O., les citoyens actifs pourront recourir au texte de loi qu'ils ont reçu sous pli, alors que les femmes et les étrangers l'ignoreront. Pour en prendre connaissance, ils devront s'adresser à la chancellerie de leur canton, ce qui est beaucoup leur demander. Il nous paraît que *Soleure* et *Grisons* auraient avantage à se mettre à l'abri de tout recours de droit public éventuel au T.F., en publiant la loi au moins une fois dans la F.O. soit avant soit après le vote populaire. Rappelons d'autre part qu'à *Glaris*, *Zoug*, *Argovie* et *Tessin* la seconde publication n'a pas lieu dans la F.O. même, mais dans son annexe, le R.d.L., qui joue ici le rôle du R.O. en droit fédéral.

Le législateur peut déroger aux règles de publication qu'il s'est prescrites; peut-il aussi rendre une loi obligatoire avant sa publication ? On doit le contester avec les mêmes arguments qu'en droit fédéral (p. 157 et suiv.), c'est-à-dire que ce défaut d'information n'est admissible que pour les règlements décrétés expressément secrets, et encore seulement si les intérêts supérieurs du pays l'exigent. En dépit de la disposition prévoyant son entrée en vigueur immédiate, une loi n'est pas obligatoire dès son adoption par le peuple (ou à expiration du délai référendaire, lorsque la votation n'est pas demandée), mais dès sa publication soit en entier, soit sous forme d'arrêté de promulgation.

A *Glaris*, le Conseil d'Etat paraît s'être inspiré de LABAND dans l'affaire suivante : En 1938, une société ano-

nyme s'était constituée dans l'intention de construire un funi-ski à Braunwald. La réalisation du projet ne se révéla possible que moyennant expropriation du terrain sur lequel ce nouveau mode de locomotion devait être installé. Or le § 148 litt. a) de la loi glaronnaise d'introduction au code civil du 7 mai 1911 n'autorisait pas une expropriation dans un cas de ce genre. On était donc contraint de modifier préalablement ce § 148 et ensuite d'exproprier le terrain en question. A notre avis ces deux opérations auraient pu être décidées par la Landsgemeinde de 1938. Ce ne fut pas celui du Conseil d'Etat. Dans son mémorial, il fit valoir que la Landsgemeinde de 1938 devait modifier le § 148, l'autorisation d'expropriation ne pouvant être donnée que par la prochaine Landsgemeinde (1939). A l'appui de sa thèse, il invoquait l'art. 52 ch. 1 de la Constitution, qui plaçait l'exécution des lois dans la compétence du Conseil d'Etat; or le premier acte d'exécution consistait à publier la loi dans l'Amtsblatt: « Durch den Beschluss der Veröffentlichung im Amtsblatt wird gewissermassen stillschweigend das betreffende Landsgemeindegesez promulgiert. Formell verbindlich für alle der Staatsgewalt unterworfenen Personen wird ein Gesetz erst mit dem Tage der Publikation. ¹ » Cette attitude fait honneur à la conscience juridique du gouvernement de ce canton. Nous croyons cependant que, sans fouler aux pieds les droits des citoyens, il aurait pu admettre que ce § 148 de la loi d'introduction au C.C.S. n'était modifié qu'à seule fin de permettre la construction du funi-ski de Braunwald; que, d'autre part, les textes en question et toutes les explications nécessaires ayant été publiés dans l'Amtsblatt, la population glaronnaise était suffisamment orientée sur

¹ Memorialanträge betr. Änderung von § 148 litt. a) des Gesetzes über die Einführung zum Z.G.B. und Erteilung des Expropriationsrechtes an die Skischlitten A.G., Braunwald.

cette affaire pour qu'on pût à la même Landsgemeinde autoriser la mesure d'exécution qui était la suite logique de la révision législative. Ceci n'aurait restreint en rien le droit des lésés de recourir au T.F.

Conclusions du point I.

Dans tous les cantons, la publication des lois est une condition de leur caractère obligatoire. Tandis qu'à Zurich, Berne, Uri, Fribourg, Schaffhouse, Appenzell R.I. et Thurgovie cette condition est absolue, ailleurs, l'autorité compétente pourrait, à titre exceptionnel, mettre en vigueur une loi non publiée si les intérêts supérieurs du canton exigeaient le secret.

Dans tous les cantons, les lois sont publiées dans la F.O. (ou son annexe, le R.d.L.). L'autorité compétente pourrait toutefois prescrire, dans un cas particulier, un moyen d'information plus rapide ou plus efficace.

II. LES RÈGLEMENTS

Les conditions du caractère obligatoire des règlements peuvent résulter de la Constitution, de la loi et du règlement lui-même. Le législateur a la faculté d'ajouter aux règles établies par le constituant des exigences nouvelles. Il convient donc de rechercher si, en droit cantonal, il fait usage de cette compétence et, dans l'affirmative, s'il a soumis le caractère obligatoire des règlements à leur insertion dans l'organe officiel. A cet égard, les cantons peuvent être répartis en trois catégories selon que :

- a) la publication des règlements est régie par une disposition constitutionnelle;
- b) la législation seule prévoit leur publication;
- c) ni la constitution, ni la législation n'ordonnent cette publication.

A. Cantons dans lesquels les règlements sont publiés en vertu d'une norme constitutionnelle :

Les cantons de *Zurich, Berne, Uri, Fribourg, Schaffhouse, Appenzell R. I. et Thurgovie* doivent être rangés dans ce groupe. Les dispositions constitutionnelles applicables sont identiques à celles qui ordonnent de publier les lois (v. p. 77 et s). Elles parlent de lois, mais aussi de décrets, d'arrêtés et d'ordonnances, c'est-à-dire d'actes qui sont l'œuvre soit du Grand Conseil seul, soit du Conseil d'Etat.

A *Berne* (art. 17 al. 2 Const.) et à *Appenzell R. I.* (art. 11 Const.) les dispositions constitutionnelles ne visent que les règlements d'un « intérêt général ». Est-ce à dire que les autres ne doivent pas être publiés du tout ? Vu leur caractère il n'est pas nécessaire de les rendre publics; il suffit de les communiquer aux intéressés. On se servira à cet effet de méthodes appropriées. Si le règlement concerne effectivement quelque vingt personnes connues, on le leur enverra simultanément par lettre chargée ou par circulaire.

Il est certain que dans ces sept cantons, le constituant subordonne le caractère obligatoire des règlements à leur publication. Il n'a par contre pas lié l'information à un organe officiel. Le législateur de ces cantons pose-t-il cette exigence ? A *Appenzell R. I.*, aucune disposition légale ou réglementaire ne vient compléter la Constitution, de sorte que les règlements peuvent y être publiés au choix du Conseil d'Etat. En fait *Appenzell R. I.* publie ses règlements dans les journaux du canton, notamment dans l'« *Appenzeller Volksfreund* », et leur assure ainsi une notoriété certainement supérieure à celle qui pourrait résulter de leur insertion dans un organe officiel. Aucune disposition légale ou réglementaire non plus à *Schaffhouse*, où les règlements sont publiés dans la F.O. conformément à l'usage. Le législateur et le gouvernement pourraient y déroger.

A *Berne*, l'art. 1^{er} d'une ordonnance du Conseil d'Etat

du 26 juin 1942 consacre l'« *Amtsblatt* des Kantons Bern » et la « *Feuille officielle du Jura bernois* » en qualité d'organes de publication du canton. Il n'est dit nulle part que les règlements doivent y figurer et que seule cette insertion les rend obligatoires. Vu que cette ordonnance émane du Conseil d'Etat, on ne voit pas comment — même si elle le voulait, ce qui ne paraît pas être le cas — elle pourrait régler le caractère obligatoire d'autres règlements. Le gouvernement bernois se réserve d'ailleurs, par exemple en cas de troubles, de publier ses instructions par affiches. Nous en concluons que si, à Berne, la F.O. est l'organe officiel du canton, elle n'est pas exclusive, puisque les règlements publiés ailleurs sont aussi obligatoires.

Dans le canton d'*Uri*, les règlements sont publiés dans l'*Amtsblatt*, en application d'un arrêté du Landrat du 20 décembre 1848 ¹, lequel ne précise pas si cette formalité est une condition du caractère obligatoire. En revanche, dans une communication du 27 du même mois, la chancellerie d'Etat déclarait que seuls les textes insérés à la F.O. « *amtlichen Glauben verdienen und amtliche Kraft und Wirksamkeit haben* » ². Cette déclaration émanait-elle de l'autorité compétente ? C'est douteux. Elle n'en obligerait pas moins le gouvernement à ne recourir à un autre moyen de publication qu'avec beaucoup de prudence et à faire savoir que le nouveau système confère force obligatoire aux règlements ainsi publiés au même titre que l'ancien. Sinon il risquerait d'être désarmé contre ceux qui, de bonne foi, n'auraient pas pris garde à la prescription publiée autrement. Il n'en demeure pas moins que dans le canton d'*Uri* la F.O. n'est pas la seule façon de publier les règlements avec effet obligatoire.

A *Fribourg* les art. 2 et 3 de la loi du 22 novembre 1911

¹ Urnerisches Amtsblatt, Jahrgang 1849 p. 1.

² Urnerisches Amtsblatt, Jahrgang 1849 p. 1.

concernant l'application du code civil suisse (R.d.L. 1912 p. 125) ont précisé et interprété l'art. 21 (p. 79) de la Constitution. L'art. 2 a la teneur suivante : « A moins de dispositions contraires, les lois sont obligatoires dans tout le canton dès leur promulgation... » Notons que ce texte ne vise que les lois. Quel sens le législateur fribourgeois a-t-il donné à ce terme ? Il a pensé, sans aucun doute, à la loi « sensu stricto », car les règlements ne sont pas promulgués. Leur publication est régie par l'art. 3 qui prévoit à cet égard : a) l'affiche au pilier public de chaque commune; b) le dépôt du texte en deux exemplaires au secrétariat de chaque commune; c) l'insertion dans la F.O. D'après le troisième alinéa du même article, le gouvernement a le choix entre ces trois moyens. Le législateur s'est donc montré libéral. L'instruction par affiche est effective et rapide, bien que la radio lui soit aujourd'hui supérieure. Faute de dispositions légales précises, nous admettons que le gouvernement peut rendre un règlement obligatoire après l'avoir publié ailleurs qu'à la F.O.; il doit cependant le republier ensuite conformément à l'art. 3 ci-dessus.

Un décret *thurgovien* du 18 février 1850 concernant la F.O. dispose en son art. 2 que les règlements seront insérés dans cet organe. Il n'est dit nulle part que leur caractère obligatoire en dépend. Le législateur ou le gouvernement peuvent donc leur conférer force obligatoire après les avoir fait connaître autrement.

Dans le canton de *Zurich*, une vénérable loi du 18 décembre 1833 a institué la F.O.¹ et fixé sa tâche en ces termes : « § 2. Dasselbe soll alles enthalten, was einer rechtsgültigen Bekanntmachung bedarf... » Cette loi, toujours en vigueur, subordonne expressément le caractère obligatoire des règlements à leur insertion dans la F.O. Le gouvernement ne peut donc les mettre en vigueur avant

¹ R.d.L. III p. 196.

de les avoir préalablement publiés dans cet organe, sous peine de les voir rester sans force.

B. Cantons dans lesquels la législation seule règle la publication des règlements :

Ce sont *Lucerne, Schwyz, Obwald, Nidwald, Glaris, Zoug, Bâle-Ville, Appenzell R.E., Saint-Gall, Grisons, Argovie, Tessin et Vaud*. Dans quel sens les dispositions légales ou réglementaires de ces cantons répondent-elles aux deux questions que nous étudions, à savoir :

la publication dans un organe officiel est-elle une condition du caractère obligatoire des règlements ?

si non, ce caractère dépend-il d'un acte d'information quelconque ?

1. La publication des règlements dans un organe officiel est-elle nécessaire à leur caractère obligatoire ?

Dans six cantons, c'est-à-dire à *Schwyz, Obwald, Glaris, Appenzell R.E., Grisons et Tessin*, nous trouvons les règles applicables dans les édits instituant et régissant la F.O. Ces normes présentent entre elles une grande analogie, car elles établissent un organe officiel de publication et ordonnent que les lois et règlements y soient insérés¹. En revanche, elles ne disent pas que seuls sont applicables les textes qui y paraissent. Rien ne s'oppose donc à ce qu'elles soient interprétées largement, c'est-à-dire que les règlements puissent être appliqués après avoir été publiés

¹ *Schwyz* : Art. 1 al. 1 Verordnung vom 23. Dezember 1933 über das Amtsblatt (R.d.L. neue Folge XI p. 203); *Obwald* : Art. 1 und 2 Beschluss vom 10. Juni 1854 betreffend die Errichtung eines Amtsblattes (R.d.L. Band II p. 85); *Glaris* : Art. 1 et 3 Verordnung vom 23. Dezember 1846 betreffend das Amtsblatt (R.d.L. p. 86); *Appenzell R. E.* : Art. 2 Verordnung vom 12. November 1878 betreffend die Herausgabe des Amtsblattes des Kantons Appenzell der äusseren Rhoden (R.d.L. Band 4); *Grisons* : Art. 1 Verordnung vom 13. Dezember 1940 über das Amtsblatt des Kantons Graubünden (Kantonsamtsblatt N° 51 vom 20. Dezember 1940) et Tessin : Legge 2 giugno 1843 e decreto 24 dicembre 1850 concernente l'edizione del Foglio ufficiale (art. 7 et 8).

autrement. A *Glaris* et dans les *Grisons* les autorités s'estiment en droit de faire usage, le cas échéant, d'affiches ou de recourir aux journaux d'information.

Nous concluons que si, dans ces six cantons, la publication des règlements à la F.O. (ou au R.d.L. à *Glaris* et *Grisons*) est le mode d'information usuel, il n'est pas exclusif et les règlements publiés ailleurs sont aussi obligatoires.

La situation des autres cantons de ce groupe demande quelques explications complémentaires; aussi l'examinons-nous séparément :

Lucerne : L'art. 1^{er} de la loi du 30 mai 1883 sur les publications officielles a la teneur suivante :

« Das unter obrigkeitlicher Aufsicht als « Luzernisches Kantonsblatt » erscheinende Amts-und Gesetzesblatt ist das regelmässige offizielle Mittel zur verbindlichen Bekanntmachung derjenigen Erlasse der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Behörden und Beamten, welche zur allgemeinen Kenntnis zu bringen sind.

» Unter Umständen, die es wünschenswert erscheinen lassen, können überhin solche Publikationen auch durch öffentlichen Anschlag an geeigneten Stellen zur allgemeinen Kenntnis gebracht werden.

» In dringlichen Fällen bleibt es zudem den Behörden unbenommen, ihre Beschlüsse vorläufig auf jede andere gut findende Weise dem Publikum bekanntzugeben. »

Cette disposition rend hommage à la clairvoyance du législateur lucernois. Les instruments qu'il a mis à la disposition de l'autorité pour faire connaître ses édits permettent de faire face à toutes les éventualités. Il est difficile de supposer un cas où les moyens légaux ne suffiraient pas à atteindre les intéressés; ce qui est d'ailleurs fort heureux, puisque le gouvernement ne pourrait déroger à l'art. 1^{er} cité plus haut, qui précise que seuls sont obliga-

toires les actes publiés conformément à ses dispositions.

Au *Nidwald*, un arrêté du Landrat du 22 décembre 1852 relatif à la F.O. prescrit en son § 3 :

« Für Veröffentlichung amtlicher Erlasse, wenn nicht die gesetzgebende Behörde anders verfügt hat, ist das Amtsblatt das einzige rechtsgültige Organ, jedoch treten auch nicht im Amtsblatt enthaltene amtliche Beschlüsse mit der Auskündigung in Kraft, sollen aber im nächstfolgenden Amtsblatt inseriert werden. »

Le législateur (c'est-à-dire le Landrat et la Landsgemeinde) peut expressément déroger à cette prescription, de sorte que, sans son autorisation, les règlements ne sont obligatoires qu'après avoir été reproduits par la F.O. Si des circonstances particulières exigeaient une information plus rapide, la loi pourrait autoriser le gouvernement à instruire les particuliers différemment, par exemple par les journaux ou les affiches. Ces cas, s'ils se produisent, resteront cependant l'exception. En règle générale, le gouvernement ne peut de son chef éviter l'« Amtsblatt », clef du caractère obligatoire des lois et règlements.

Zoug : L'art. 1^{er} de la loi du 17 mai 1858 sur la Feuille officielle (Hildebrand I, 163) est la disposition classique visant à instituer un organe officiel de publication et à ordonner que les actes législatifs y figurent. Le § 4 permet cependant aux autorités de recourir « in dringenden und ausserordentlichen Fällen » aux méthodes d'information qui lui paraissent appropriées. En comparant ces deux articles, on doit admettre que le législateur zougais a voulu faire de l'insertion à la F.O. une condition du caractère obligatoire des règlements. Mais ici, la coutume est venue modifier cette ancienne loi, car suivant l'importance de l'acte législatif, on le publie différemment :

a) Les actes particulièrement importants sont insérés

dans la F.O. et au R.d.L. qui est annexé à l'Amtsblatt ¹.

b) Les édits moins importants paraissent au R.d.L. annexé à la F.O., cette dernière ne faisant que renvoyer au R.d.L. ².

c) Enfin, on insère les lois ou règlements de peu d'importance au R.d.L. sans le joindre à la F.O. ³, ce qui équivaut à ne pas le publier, puisque le R.d.L. n'est que la collection des actes législatifs paraissant à de longs intervalles.

Pour remédier à cette situation, la chancellerie d'Etat de Zoug communique par lettre aux particuliers ⁴ certains actes législatifs publiés conformément au chiffre 3. Vu le petit nombre d'habitants du canton, cette façon de procéder est plus économique qu'un tirage spécial du R.d.L. et atteint directement les intéressés.

Par souci d'économie, le canton de Zoug, qui avait donné une exclusivité légale à sa F.O., s'en est donc peu à peu détaché; il a substitué le R.d.L. à la F.O., puis a ouvert la porte à la publication matérielle de ses règlements, de sorte qu'en application du droit coutumier le caractère obligatoire des règlements n'est pas lié à leur insertion dans l'organe officiel.

Bâle-Ville : Deux dispositions régissent la publication : la première, l'art. 26 al. 2 du règlement du Grand Conseil

¹ Par exemple : Gesetz über das Lehrlingswesen vom 16. Juni 1939. Verordnung vom 13. März 1940 über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für den Kanton Zug.

² Par exemple : Gesetz betreffend Abänderung des Gesetzes vom 12. Dezember 1935 über Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichtes im Staatshaushalt, vom 16. IV. 1939; Verordnung vom 14. X. 1939 über die Organisation der Kriegswirtschaft; Gesetz betreffend Abänderung des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch, vom 17. III. 1940.

³ Par exemple : Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. X. 1940; Strafprozessordnung des Kantons Zug vom 3. X. 1940; Verordnung über die gerichtlichen Gebühren und Entschädigungen bei Zivilprozessen, vom 24. XII. 1940.

⁴ Ce fut le cas pour les lois sur la procédure civile et la procédure pénale.

du 28 avril 1938, s'applique aux actes du parlement :
 « Alle Gesetze, sowie diejenigen endgültigen Grossratsbeschlüsse, die nicht persönlicher Natur sind, ferner die Wahlen werden im Kantonsblatt publiziert. »

La seconde prescription, l'art. 20 du règlement du Conseil d'Etat du 9 avril 1908, s'applique aux arrêtés et ordonnances du Conseil d'Etat :

« Verordnungen und wichtigere, allgemein verbindliche Beschlüsse des Regierungsrats, sowie die von diesem getroffenen Wahlen sind im Kantonsblatt zu veröffentlichen... »

Ni la première, ni la seconde de ces deux dispositions ne précisent que seuls les textes insérés à la F.O. sont obligatoires. Les autorités bâloises consultées s'estimeraient en droit, le cas échéant, de faire connaître leurs édits à l'aide de moyens plus rapides ou efficaces. Nous inclinons à penser que, dans ce canton également, l'organe officiel est le moyen usuel d'information, mais qu'il n'est pas le seul; les actes publiés ailleurs sont aussi obligatoires.

St-Gall : La loi du 20 mai 1884 sur les publications officielles permet aux autorités de choisir entre quatre moyens d'instruction différents (art. 1) : 1) la Feuille officielle suisse du commerce; 2) la Feuille officielle cantonale; 3) l'affichage public; 4) les organes communaux. En outre, l'autorité peut encore procéder différemment et faire appel aux journaux. Ceci prouve que le législateur, soucieux de ne pas faire œuvre vaine, avait tenu à pourvoir d'emblée les autorités de moyens aussi variés que possible. La F.O. n'est donc pas exclusive et les règlements portés autrement à la connaissance des intéressés leur sont aussi applicables.

Dans le canton d'*Argovie*, et selon la loi du 26 janvier 1856 sur les publications officielles (R.d.L., tome I-IV,

p. 639), la F.O. est « das offizielle Mittel zur verbindlichen Bekanntmachung der Erlasse der gesetzgebenden, vollziehenden, richterlichen und Gemeindebehörden... » Cette disposition consacre le caractère exclusif de l'organe officiel; l'art. 2 l'atténue toutefois en précisant que les règlements sans portée générale et ceux qui ont un caractère temporaire ne doivent pas paraître à la F.O. En sus de l'insertion dans la F.O., l'autorité peut ordonner l'affichage public, la lecture en chaire ou dans les assemblées d'arrondissement et de commune.

Enfin, selon l'art. 4, l'entrée en vigueur doit suivre « dans la règle » de huit jours la parution à la F.O.

Chose curieuse, ici également, une coutume ayant modifié la loi de 1856, les règlements ne paraissent pas dans la F.O. mais au R.d.L. annexé à la F.O. (de même qu'en droit fédéral le R.O. est joint à la F.F.). Le R.d.L. fait partie intégrante de la F.O., de sorte qu'interprétée largement, la loi de 1856 légalise cette modification du droit coutumier.

En résumé, les règlements argoviens d'importance générale dont la durée n'est pas limitée ne sont obligatoires qu'après avoir été insérés au R.d.L. Les autres règlements sont applicables dès leur communication aux intéressés d'une manière ou de l'autre.

Vaud : La loi du 28 novembre 1922 sur la promulgation des lois, décrets et arrêtés dispose à l'article 1^{er} :

« Les lois, décrets, arrêtés et tous autres actes publics émanant du Grand Conseil ou du Conseil d'Etat, sont exécutoires le même jour, dans tout le canton, en vertu de la promulgation ordonnée par le Conseil d'Etat. »

Et l'art. 4 ajoute :

« La promulgation de la loi résulte :

a) de la publication dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud;

b) si, en raison de son étendue, la loi ne peut être publiée dans la Feuille des avis officiels, du dépôt au greffe municipal de chaque commune, d'un exemplaire de la loi, et de l'avis de ce dépôt publié dans la Feuille des avis officiels;

c) éventuellement, de la publication au son du tambour ou de l'affichage au pilier public. »

Ici le législateur vaudois assimile promulgation à publication, car pour les actes du gouvernement une autre interprétation n'est pas possible, puisque seules les lois sont promulguées. Les règlements vaudois ne sont donc obligatoires que s'ils sont publiés conformément à l'art. 4 ci-dessus. L'autorité dispose de moyens d'information suffisants pour faire face à presque toutes les situations, sans être gênée par l'impossibilité de publier ses règlements encore différemment, par exemple dans la presse.

Aucun règlement vaudois n'est obligatoire dans le canton avant d'avoir été publié conformément à l'art. 4 ci-dessus. Lorsqu'un arrêté ordonne sa propre entrée en vigueur immédiate, cela signifie qu'il est applicable dès son insertion au R.O.

2. Un acte d'information est-il nécessaire au caractère obligatoire des règlements édictés par les cantons de ce groupe ?

La question ne se pose pas pour *Lucerne, Nidwald, Argovie et Vaud*, puisque pour être obligatoires leurs règlements doivent paraître à la F.O. Au sujet des autres Etats de ce groupe, nous nous référons aux développements du droit fédéral (cf. p. 157 et s.).

C. Cantons dans lesquels la publication des règlements n'est réglée ni par la Constitution, ni par une loi ou un règlement :

Dans les cantons de *Soleure, Bâle-Campagne, Valais, Neuchâtel* et *Genève* aucune prescription n'a trait à la publication des règlements de l'exécutif. Leurs chancelleries ont bien voulu nous le confirmer. La coutume supplée aux lacunes du « *jus scriptum* » ; dans ces cinq cantons, les règlements sont publiés dans la F.O. Dans un cas particulier, le gouvernement pourrait certainement recourir à une mise au courant plus rapide et effective. Il ne compromettrait pas pour autant le caractère obligatoire de son œuvre. Pourrait-il appliquer un règlement avant de le publier ? Nous rappelons à nouveau les explications données à l'occasion de l'étude du droit fédéral à p. 157, qui sont valables partout en Suisse.

Conclusions du point II :

Dans tous les cantons la publication des règlements est une condition de leur caractère obligatoire. Alors qu'à Zurich, Berne, Uri, Fribourg, Schaffhouse, Appenzell R.I. et Thurgovie cette condition est absolue, dans les autres cantons, le gouvernement pourrait à titre exceptionnel mettre en vigueur un règlement non publié si les intérêts supérieurs du canton commandaient le secret.

A Zurich, Lucerne, Nidwald, Argovie et Vaud, seuls les règlements publiés dans les formes prescrites par la loi sont obligatoires. Ailleurs la publication n'est pas soumise à des conditions de forme.

III. CONCLUSIONS

La question posée dans cette Section était la suivante : « La publication est-elle une condition du caractère obligatoire des lois et règlements cantonaux ? »

Nous répondons :

Dans aucun canton, l'insertion dans un organe officiel n'est une condition du caractère obligatoire des lois. Les

règlements des cantons de Zurich, Lucerne, Nidwald, Argovie et Vaud doivent paraître à l'organe officiel pour être obligatoires. Partout ailleurs, cette formalité n'est pas une condition d'entrée en vigueur. Là où le caractère obligatoire n'est pas subordonné à la publication dans un organe officiel, l'information doit être officielle, effective et susceptible d'atteindre simultanément les intéressés; les règlements secrets font seuls exception à cette règle.

*Section IV : CONSÉQUENCES D'UN DÉFAUT
DE PUBLICATION, LA OU ELLE EST
UNE CONDITION DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE
DES LOIS ET RÈGLEMENTS*

Dans le présent chapitre, nous avons exposé qu'à l'exception des règlements secrets, les actes législatifs devaient être publiés (que ce soit d'une façon formelle ou matérielle) pour entrer en vigueur. Cette règle vaut en droit fédéral et en droit cantonal. Dès lors, une loi ou un règlement non publié, ou publié insuffisamment (cf. p. 172) n'est pas obligatoire. Que signifie cela ?

- 1) que les citoyens ne sont pas tenus de l'observer;
- 2) que les autorités (administratives et judiciaires) n'ont pas le droit de l'appliquer.

Quid, si les pouvoirs publics passent outre, procèdent à des actes d'exécution et punissent les contrevenants ? Ils se rendent coupables d'illégalités.

Or, la question se pose : cette illégalité peut-elle être redressée ? Les citoyens ont-ils des moyens de défense, ou sont-ils à la merci du pouvoir ? devront-ils se conformer aux injonctions des agents de la force publique ?

Voilà le problème que nous tenterons de résoudre ci-après. Son importance est manifeste. Si les individus ne

peuvent pas attaquer les actes d'exécution d'une loi non obligatoire, si le juge punit ceux qui la transgressent, nos conclusions déniaient le caractère obligatoire d'un décret non publié ou insuffisamment publié n'auraient qu'une valeur théorique. Elles permettraient seulement d'en appeler à l'opinion publique.

Nous étudierons le problème en droit fédéral et en droit cantonal séparément. Remarquons, d'autre part, que les moyens de droit utilisés pour faire reconnaître le caractère non obligatoire d'un décret sont les mêmes que ceux qui permettent de faire consacrer son invalidité. Les développements ci-dessous s'appliquent donc par analogie aux actes législatifs nuls, dont nous avons parlé notamment au titre II, chap. Règlements (cf. p. 89).

I. DROIT FÉDÉRAL

A. *Moyens de recours*

La grande majorité des lois et règlements sont exécutés par les autorités cantonales. Il en existe cependant dont l'application incombe directement aux organes de l'administration fédérale. Suivant qu'elle est confiée aux cantons ou à la Confédération, la situation des particuliers n'est pas la même.

1. Actes d'exécution de l'autorité fédérale.

Quels sont les moyens à disposition d'un citoyen si l'autorité fédérale veut exécuter à son égard un décret non obligatoire ? Ils sont très limités. En général, il ne disposera que du recours administratif au C.F. (O.J.F. art. 124 et suiv.). Ce moyen est même exclu si le C.F. a procédé lui-même à l'acte d'exécution.

La valeur du recours administratif est relative, car l'autorité qui a procédé à l'acte et celle qui est saisie du

recours appartiennent au même pouvoir, et celui-ci ne se déjuge pas volontiers. En cas de rejet du recours, ou s'il n'y a pas droit de recours du tout, l'intéressé est désarmé. Il se voit contraint de subir l'illégalité des mesures prises par les pouvoirs publics.

En revanche, sa situation est meilleure, si la décision est fondée sur une loi ou un règlement qui donne ouverture au recours de droit administratif au T.F. (O.J.F. art. 97 et suiv.), ou si elle se base sur un décret qui réserve expressément cette voie de recours (O.J.F. art. 100). Le pouvoir judiciaire est alors appelé à se prononcer sur la question. Mais ici aussi, le recours de droit administratif n'est recevable que si la décision n'a pas été prise par le C.F. lui-même ¹.

2. Actes d'exécution de l'autorité cantonale.

Lorsque l'exécution d'une loi ou d'un règlement incombe à l'autorité cantonale, la position du lésé s'en trouve aussitôt grandement améliorée, car, sans nous arrêter aux tribunaux cantonaux qui connaissent de la question en première instance, il peut, suivant la nature de la décision incriminée, s'adresser ensuite ou même immédiatement au T.F. et faire valoir les moyens de droit suivants :

a) Le pourvoi en nullité à la cour de cassation (L.P.P. du 15 juin 1934, art. 268 et suiv. modifiés par l'O.J.F. du 16 décembre 1943);

b) le recours en réforme (O.J.F. art. 43 et suiv.);

c) le recours en nullité (O.J.F. art. 68 et suiv.);

d) le recours de droit administratif (O.J.F. art. 97 et suiv.);

e) le recours de droit public (O.J.F. art. 83 et suiv.).

Parmi ces différents moyens, certains ont une valeur

¹ O.J.F. art. 102.

quelque peu théorique. Le recours en nullité et le recours en réforme ne sont ouverts que dans des contestations civiles. Or le droit civil est codifié et ses modifications sont rares. En outre, elles ne sont jamais urgentes; la date de leur entrée en vigueur suit généralement leur publication d'assez loin, de sorte que dans ce domaine des difficultés ne paraissent guère concevables.

En droit public, la voie du recours de droit administratif est ouverte non seulement dans les éventualités prévues aux art. 97 et suiv. O.J.F., mais aussi dans tous les cas où une loi ou un règlement ont expressément réservé cette possibilité. Toutefois, les actes législatifs faisant usage de la faculté que leur offre l'art. 100 O.J.F. ne sont pas nombreux; dans la majorité des cas, cette voie de recours sera fermée.

Ce sont surtout les tribunaux pénaux qui connaîtront des violations d'un décret non obligatoire. Les prévenus seront déférés d'abord aux instances cantonales. Si elles devaient les condamner, le pourvoi en nullité à la cour de cassation leur permettra de déférer la question au T.F. Ce pourvoi est ouvert contre tout jugement qui ne peut donner lieu à un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral (L.P.P. art. 268).

Enfin, quelle que soit la discipline du droit à laquelle appartienne le décret non obligatoire, l'intéressé peut adresser au T.F. un recours de droit public au sens des art. 83 et suiv. O.J.F. Ce moyen passe-partout paraît indiqué en l'espèce, car par excellence l'application d'une loi non obligatoire implique déni de justice — ainsi que nous le verrons plus loin.

B. *Examen des recours*

1. Recevabilité.

Avant de se prononcer sur le fond du problème, le

T.F. doit examiner si le recours satisfait aux exigences de forme posées par la loi. La recevabilité d'un recours contre l'application d'un édit non obligatoire pourrait prêter à controverse dans les cas suivants :

a) Le recours de droit public n'est recevable que s'il est déposé devant le T.F. dans les trente jours dès la communication, selon le droit cantonal, de l'arrêté ou de la décision attaquée (art. 89 O.J.F.). Pour tout règlement d'intérêt général, la communication s'entend de sa « publication officielle » (A.T.F. 68 I, 27, 66 I 70).

Nous voyons d'emblée qu'un recours contre un décret non obligatoire comme tel n'est pas possible faute, pour celui-ci, d'avoir été publié. Cela n'a d'ailleurs pas d'importance, puisque l'illégalité consiste uniquement dans le fait d'appliquer un décret non en vigueur. Or le recours de droit public peut aussi être formulé contre une mesure d'exécution d'un décret d'une importance générale; la jurisprudence constante du T.F. l'admet¹.

Dès lors, si le recours de droit public est adressé au T.F. dans les trente jours dès la communication de l'acte d'exécution, il est recevable.

b) Le recours de droit administratif peut être adressé au T.F. lorsqu'une loi ou un règlement fédéral le prévoit, même si l'acte d'exécution est le fait d'une autorité fédérale (O.J.F. art. 100). Supposons qu'un tel décret soit insuffisamment publié ou ne le soit même pas du tout. L'administration fédérale procède néanmoins à des actes d'exécution. Le lésé pourra-t-il adresser au T.F. un recours de droit administratif ? Le T.F. ne pourrait-il pas déclarer le recours irrecevable, en opposant au recourant qu'il serait mal venu d'invoquer un droit de recours prévu par une disposition dont il conteste lui-même le caractère

¹ A.T.F. 68 I 27, 66 I 70, 58 I 375, 56 I 526; en outre les arrêts de principe : IV p. 98 et VI p. 95. (Praxis 1924 p. 429.)

obligatoire ? Si le décret n'est pas en vigueur, il est inapplicable en entier et nul ne peut l'invoquer pour demander au T.F. de se prononcer à son égard.

C'est un cercle vicieux. Puisque l'administration fédérale a appliqué le décret, c'est qu'elle l'estime obligatoire. On ne peut donc pas dénier à l'intéressé le droit de s'adresser au T.F. pour le prier de juger du bien-fondé de la thèse de l'administration, même si le T.F., en reconnaissant que la loi n'est pas obligatoire, mettait ainsi fin à celle-ci.

Il est vrai que si le T.F. déclarait le recours irrecevable, faute de disposition obligatoire qui l'autorise à se saisir d'un litige, il trancherait du même coup le fond de la question; il reconnaîtrait implicitement que si le recourant n'est pas admis à invoquer ses dispositions, l'administration n'était pas davantage autorisée à les appliquer. Toutefois, qui obligera l'administration à raisonner de la sorte ? Personne; le recourant risquerait donc quand même d'être désarmé. Il est dès lors nécessaire que le T.F. reçoive le recours, prononce sur le fond et, le cas échéant, annule en bonne et due forme la mesure d'exécution.

2. Bien-fondé du recours.

a) Question préjudicielle :

Une question préjudicielle se pose, lorsque l'acte législatif non publié est une loi. L'art. 113 dernier alinéa Constitution fédérale déclare que le T.F. appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Le T.F. peut-il donc connaître d'un recours de droit public contre une loi fédérale non publiée, puisqu'il est lié par elle ? Ne doit-il pas d'emblée brandir l'art. 113 dernier alinéa et rejeter le recours ?

Rappelons que le recours ne sera jamais dirigé contre

la loi elle-même, que nous supposons irréprochable, car ce n'est pas elle qui dans notre hypothèse est contraire à l'art. 4 Constitution fédérale, mais son application. C'est le fait d'exécuter une loi non obligatoire, parce que non publiée, qui est critiquable; la constitutionnalité de la loi elle-même est hors de cause.

L'art. 113 dernier alinéa n'a certainement pas voulu obliger le T.F. à appliquer les lois non obligatoires, car ce serait une absurdité. Tant que la loi n'est pas en vigueur, elle n'intéresse personne et le T.F. ne peut en connaître. Or, pour qu'elle entre en vigueur, le gouvernement doit procéder à certains actes préalables : la publier et, le cas échéant, arrêter la date de son entrée en vigueur. Personne ne demande au T.F. d'appliquer une loi avant sa date d'entrée en force. Il en est de même d'une loi non publiée, puisque la publication est une des conditions du caractère obligatoire.

L'art. 113 est donc étranger au débat et même si l'autorité administrative ou judiciaire avait appliqué une loi non obligatoire, le T.F. serait compétent pour se prononcer sur la légitimité de cette mesure. En revanche, si l'Assemblée fédérale décrétait elle-même que la loi doit être appliquée sans publication, l'art. 113 dernier alinéa interdirait au T.F. de discuter cette décision, car la loi lierait le T.F. Cette éventualité est d'ailleurs théorique, car il est inconcevable que l'Assemblée fédérale ordonne de ne pas publier ses édits, à moins qu'il ne s'agisse de mesures qui pour des raisons toutes spéciales doivent être tenues secrètes.

b) Question de fond.

Le T.F. annulera-t-il sans autre l'acte d'exécution d'un décret non obligatoire ? Nous examinerons successivement la question pour les trois formes de recours qui pratiquement entrent en considération :

α) Le pourvoi en cassation (L.P.P. art. 268 et suiv.).

L'art. 1^{er} C.P.S. dispose : « Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi. » Le terme de « loi » s'entend ici de toute disposition valable et obligatoire du droit écrit, présentant un caractère d'intérêt général¹. Faute de publication, ou en cas d'information insuffisante, le décret n'entre pas en vigueur. La situation des personnes visées continue donc à être régie par la dernière loi en force. Appliquer une nouvelle disposition non obligatoire constitue une violation de l'adage « nulla poena sine lege », consacré par l'art. 1^{er} C.P.S., car tant qu'une prescription n'est pas en vigueur, elle n'existe pas pour les particuliers; il ne leur est donc pas possible de la violer.

La cour de cassation doit donc annuler la mesure d'exécution fondée sur une loi ou un règlement non publié d'une façon suffisante.

β) Le recours de droit administratif (O.J.F. art. 97 et suiv.).

Là où il est recevable, le recours de droit administratif permet d'attaquer une mesure administrative même si elle émane d'une autorité fédérale. Ce moyen sera donc le bienvenu, puisque le recours de droit public n'est ouvert que contre les décisions des autorités cantonales. En outre, les pouvoirs de la cour de droit administratif du T.F. sont très vastes; elle prononce en qualité de cour d'appel et doit annuler toute décision contraire au droit fédéral².

A notre avis, c'est le cas d'une décision basée sur un décret non obligatoire, et ceci pour deux raisons :

Premièrement, en appliquant une loi ou un règlement non publié ou publié d'une manière insuffisante, l'autorité

¹ A.T.F. 57 I 274 : « ... eine dem geschriebenen Recht angehörende allgemein verbindliche Norm, ein gültiger Rechtsatz... ». Dans le même sens A.T.F. 31 I 485, 32 I 107 et 39 I 315.

² KIRCHHOFFER B. 37 p. 41.

administrative s'est fondée sur une règle non obligatoire; ce faisant elle violait le droit antérieur demeuré en vigueur aussi longtemps qu'il n'est pas abrogé par une nouvelle disposition dûment publiée. L'acte d'exécution du nouveau décret non publié ne pourrait être maintenu, que si le droit antérieur, toujours en vigueur, le justifiait; en pareille occurrence, la cour de droit administratif devrait corriger les motifs de la décision attaquée.

Secondement, la cour de droit administratif doit constater que l'application d'une disposition non obligatoire est un déni de justice contraire à l'art. 4 Constitution fédérale. Nous en expliquerons le pourquoi ci-dessous, au moment d'étudier le recours de droit public au T.F.

Quels que soient les motifs invoqués, le T.F. doit donc annuler la décision incriminée.

γ) Le recours de droit public (O.J.F. art. 83 et suiv.).

Le recours de droit public au T.F. pour violation des droits constitutionnels des citoyens par une autorité cantonale est un moyen de droit extraordinaire. Il n'est recevable que si les deux autres formes de recours au T.F. énumérées sous α) et β) ne sont pas ouvertes ¹.

Comme motif de recours, le lésé ne peut invoquer le défaut de publication comme tel, puisque la Constitution ne contient aucune disposition à ce sujet. Le débat ne peut donc guère porter que sur le terrain de l'art. 4 Constitution fédérale. Le problème se ramène à ceci: L'application d'une loi ou d'un règlement non publié ou insuffisamment publié, constitue-t-elle une inégalité au sens de l'art. 4 Constitution fédérale?

La doctrine et le T.F. distinguent entre inégalité formelle et matérielle.

Il y a inégalité formelle lorsqu'un décret est appliqué

¹ KIRCHHOFFER B. 37 p. 73.

différemment dans deux cas semblables ¹. Dans notre éventualité, l'autorité pourrait vraisemblablement faire valoir qu'elle applique le décret à tous les intéressés aussi également que possible. A notre avis on pourrait lui répondre que la nouvelle disposition n'ayant pas été publiée n'est pas obligatoire. Les règles antérieures continuent donc à être applicables. Or, puisque le juge ou l'administration cantonale avait appliqué les anciennes dispositions auparavant et qu'il refuse désormais de continuer à le faire dans des circonstances semblables, il commet une inégalité formelle. Il y a donc application différente du même droit en vigueur dans des cas identiques.

Mais c'est surtout sur le terrain de l'inégalité matérielle, que la violation de l'art. 4 Constitution fédérale apparaît flagrante. Par inégalité matérielle, on entend la contradiction existant entre un décret et les principes de l'Etat de droit, ou entre un acte d'exécution et le droit positif ².

Toute inégalité matérielle ne donne pas ouverture au recours de droit public. Pour que l'art. 4 Constitution fédérale soit violé, l'acte de l'autorité cantonale doit être entaché d'arbitraire. Or, il y a arbitraire chaque fois que l'autorité agit en marge des règles qui limitent son activité. Pour IHERING : « Willkür ist das Unrecht des Vorgesetzten. » ³ Quand un juge ou une autorité administrative refuse d'appliquer une loi obligatoire, il commet un déni de justice. Or dans le domaine de la publication, il y a déni de justice à refuser d'appliquer le droit ancien alors que le nouveau n'est pas obligatoire (faute de publication), ou si l'on préfère : l'application d'un droit non obligatoire constitue un acte arbitraire. L'autorité sort du cadre qui

¹ BURCKHARDT B. 8 p. 73; voir aussi les arrêts de principe XXIV p. 85 et XXIX p. 394.

² BURCKHARDT B. 8 p. 73.

³ Cité par FÜRER B. 20 p. 68.

lui est tracé. Son devoir est d'appliquer le droit en vigueur, et non une disposition qui ne l'est pas encore. Le T.F. a ratifié expressément cette manière de voir dans l'arrêt *Chatton* (cf. p. 111). Il estime qu'en vertu d'un principe général du droit public valable en Suisse également un acte non publié ne peut être obligatoire. Rappelons en passant qu'il va même plus loin et donne à ce principe une portée qu'il n'a pas en droit fédéral, en déclarant que l'insertion dans un organe officiel est une condition d'entrée en vigueur des lois et règlements. Nous avons vu que le droit positif n'en exige pas autant (cf. p. 157 et 180).

La même règle s'applique à la publication insuffisante d'un décret (cf. p. 172). Il est toutefois vraisemblable que le T.F. ne jugerait un décret non obligatoire que si sa publication était manifestement insuffisante. En cas de doute, il inclinerait certainement à penser que c'est aux autorités administratives qu'il appartient de déterminer les mesures propres à assurer la diffusion des règlements.

En résumé, tout acte d'exécution d'une loi ou d'un règlement fédéral non publié, ou publié d'une manière manifestement insuffisante, doit être annulé par le T.F. comme contraire à l'art. 4 Constitution fédérale.

II. RÉGIME DES POUVOIRS EXTRAORDINAIRES DU CONSEIL FÉDÉRAL

Quels sont, sous l'empire de l'arrêté du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, les moyens de défense des citoyens contre l'application, par l'autorité compétente, d'une prescription non publiée ?

Le droit de l'économie de guerre a vu depuis 1939 un accroissement considérable de la réglementation fédérale, et aussi des mesures d'exécution prises directement par le pouvoir central. Chaque fois qu'il procède lui-même à

l'application d'un décret, seul le recours administratif au C.F. est à la disposition des citoyens (O.J.F. art. 124 et suiv.). Exception faite des cas, où le règlement d'économie de guerre ouvrirait la possibilité de recours de droit administratif au T.F. (O.J.F. art. 100). Lorsque le gouvernement procède lui-même à l'acte d'exécution, aucune possibilité de recours n'est prévue. Le lésé devra bon gré mal gré se soumettre à l'illégalité.

En revanche, si l'acte d'exécution est le fait d'une autorité cantonale, l'intéressé dispose, comme en temps ordinaires, du recours de droit public au T.F.

Ce moyen sera-t-il efficace ? Le T.F. ne s'est-il pas montré extrêmement réservé dans l'appréciation de sa compétence en matière d'économie de guerre ? Dans plusieurs arrêts il se dénie tout droit de contrôle sur les actes du C.F. rendus conformément à l'arrêté fédéral du 30 août 1939. A moins qu'ils « n'excèdent manifestement le cadre de la délégation »¹ (A.T.F. 69 II 320 à 322). Et même, là encore le T.F. estime que ce cadre est extrêmement large.

A notre avis, si le C.F. ou l'un de ses départements et services ordonnent expressément que tel règlement sera tenu secret, le T.F. doit s'incliner, car ledit règlement sera obligatoire sans publication (cf. p. 171). En revanche, si l'autorité ne prononce pas le secret, les règlements non publiés n'entrent pas en vigueur et le T.F. a toute latitude pour annuler les mesures d'application des autorités cantonales; car elles constituent dès lors des dénis de justice, contraires à l'art. 4 Constitution fédérale.

Comme nous l'avons dit dans la section II, les attributions du C.F. ont leurs limites dans cette phrase : « Tout ce qui est nécessaire au but à atteindre, rien au delà » (cf. p. 183). Or, à moins que le secret d'une disposition ne

¹ Voir aussi 61 I 366 et s.

s'impose, et qu'il ne soit décrété, le but des pouvoirs extraordinaires concédés au C.F. : « maintenir la sécurité, l'indépendance et la neutralité de la Suisse, en outre, sauvegarder le crédit, les intérêts économiques du pays, enfin assurer l'alimentation publique » (art. 3 de l'arrêté fédéral du 30 août 1939), même conçus d'une manière illimitée, n'exigera pas l'accomplissement par les autorités d'actes contraires au droit. La retenue actuelle du T.F. ne saurait aller jusqu'à couvrir l'arbitraire et le déni de justice, qui, dans un Etat de droit, comme le nôtre, sont réprouvables et doivent être combattus quel que soit le danger qui menace le pays.

En conclusion : Sous le régime des pouvoirs extraordinaires du C.F. les actes d'exécution des autorités fédérales ouvrent le recours administratif au C.F. (exceptionnellement, le recours de droit administratif au T.F.), alors que les mesures d'application cantonales permettent aussi de porter la question au T.F. par la voie du recours de droit public. Cette autorité sera compétente pour annuler toutes mesures d'exécution d'un règlement non obligatoire.

III. DROIT CANTONAL

Une étude systématique des différents moyens de recours offerts par le droit cantonal sortirait du cadre de cet ouvrage; elle serait aussi superflue, car les principes énoncés sous I valent aussi en droit cantonal; nous voulons dire par là que toute autorité administrative ou judiciaire cantonale n'est liée que par les actes obligatoires. Elle a le droit et le devoir d'ignorer les autres. Si elle se refusait à annuler une mesure d'exécution, les citoyens pourraient formuler un recours de droit public au T.F. pour déni de justice (violation de l'art. 4 Constitution fédérale). Ce que nous avons dit plus haut au sujet de l'examen de cette forme de recours nous dispense d'y revenir ici. Notons

cependant que dans les cantons de *Zurich, Berne, Uri, Fribourg, Schaffhouse, Appenzell R.I. et Thurgovie*, le recours de droit public ne se basera pas sur l'art. 4 Constitution fédérale uniquement, mais aussi sur les dispositions constitutionnelles cantonales qui prévoient expressément la publication des lois et règlements.

IV. CONCLUSIONS

Lors de l'application d'une loi ou d'un règlement fédéral non publié ou publié d'une manière manifestement insuffisante, la situation des lésés est la suivante :

1. *Ils n'ont aucun moyen de défense si l'acte d'exécution émane du C.F.*

2. *Ils peuvent formuler un recours administratif au C.F., et le cas échéant, de droit administratif au T.F. si les mesures d'application ont été prises par un département du C.F. ou un service subalterne.*

3. *Le cas échéant, ils peuvent s'adresser au T.F. par voie de pourvoi en cassation, de recours de droit administratif, ou de recours de droit public, lorsque l'autorité cantonale a procédé à l'acte d'exécution incriminé.*

Sous certaines réserves les conclusions 1, 2 et 3 sont aussi valables pour le droit issu de l'arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité.

Lors de l'application d'une loi ou d'un règlement cantonal non publié, ou publié d'une manière insuffisante, les lésés pourront formuler un recours de droit public au T.F. pour violation de l'art. 4 Constitution fédérale, le cas échéant pour violation des constitutions cantonales.

Quelle que soit la forme du recours, le T.F. doit annuler les actes d'exécution des lois et règlements fédéraux et cantonaux non publiés ou publiés d'une manière manifestement insuffisante.

TITRE IV

De la publication de « lege ferenda »

CHAPITRE I^{er}

GÉNÉRALITÉS

L'étude du droit comparé et celle du droit suisse prouvent que le droit positif ne traduit souvent pas les conceptions de ceux qui le formulent, l'appliquent ou le commentent. En droit fédéral par exemple, le R.O. est le mode usuel de publication des actes législatifs, mais il n'est pas le seul et les lois et règlements publiés autrement peuvent aussi être obligatoires. La théorie de la publication formelle tend au contraire à donner au R.O. un caractère exclusif; à la croire, seuls les textes qui y paraîtraient auraient force de loi. Il est fort heureux que notre Constitution fédérale, ainsi que les lois de 1874 et de 1902, n'aient pas consacré expressément cette théorie. Ainsi les autorités ont pu adapter les méthodes de publication au but à atteindre. Elles se sont distancées du R.O., sans violer le « jus scriptum ». Il est toutefois indéniable que l'emploi de moyens d'information inusités peut provoquer un sentiment d'insécurité, et même un malaise général. Il importe de l'éviter autant que faire se peut; notre tâche consistera donc à dire ici comment d'une manière générale l'Etat de droit et en particulier la Confédération doivent régler la publication des lois et règlements.

Les développements des titres précédents prouvent que si la théorie formelle se justifiait lorsque le droit positif proclamait « *error juris nocet* », elle n'a plus sa raison d'être dès le moment où la législation autorise le juge à réduire ou même à supprimer la peine de celui qui contrevient par ignorance à un texte paru à l'organe officiel (art. 20 C.P.S.). D'autre part, la théorie qui donnait (comme en Allemagne) un monopole absolu à l'organe officiel, ne se concevait guère que dans un Etat où la législation, s'immisçant aussi peu que possible dans les affaires privées des individus, avait pour tâche première de consacrer les principes de morale et d'équité que chacun connaît sans jamais avoir ouvert un code. Peu importait alors que les particuliers sussent quelle peine sanctionnait le meurtre, puisque personne n'ignorait qu'il était condamné. Il n'est pas faux de dire que la « conscience du juste » était en elle-même déjà une garantie d'observation des lois. Leur publication dans un organe que personne ne lisait (sauf ceux qui les appliquaient), était admissible, car si quelqu'un venait à les enfreindre en alléguant son ignorance, on pouvait estimer à juste titre qu'il lui manquait le sens commun; « *error juris nocet* » s'expliquait donc dans une certaine mesure.

Aujourd'hui le caractère de la législation s'est profondément modifié. Le nombre des édits publiés s'est accru dans des proportions démesurées, et rares sont les domaines qui ne sont pas réglementés dans les moindres détails.

La conscience du juste, à elle seule, n'est plus d'un grand secours; les prescriptions imposent une étude approfondie et constante à un nombre de personnes toujours plus élevé. Il n'est guère d'entreprises d'une certaine envergure sans un service juridique. La législation ne consacre plus de grands principes, elle se spécialise et presque chaque activité humaine donne naissance à une nouvelle discipline

du droit. L'organe de publication des lois s'amplifie en proportion et, depuis longtemps, menacé d'obésité, il ne reproduit plus la totalité des prescriptions édictées par les pouvoirs publics. Vers la fin du siècle passé, ARNDT relevait déjà qu'en Allemagne (v. p. 102) le nombre de prescriptions avait enlevé en fait au « Reichsgesetzblatt » son rôle d'organe unique des publications officielles. Actuellement, l'économie de guerre paraît exclure définitivement la possibilité de donner au R.O. un monopole de publication des actes législatifs. Il convient dès lors d'adapter la technique de l'information au caractère de la législation. Elle tend principalement à renseigner les particuliers avec un minimum d'effort pour ceux-ci. Recherchons les éléments qu'elle doit prendre en considération pour atteindre son but.

Partant des résultats acquis au cours de cette étude, nous rappelons que lois et règlements doivent être publiés (cf. p. 180). Ils régissent des situations réelles et n'y parviendront que s'ils sont connus de ceux auxquels ils s'adressent. Or presque toujours ils ne sont notoires qu'après avoir été portés à la connaissance des intéressés; c'est pourquoi ils doivent être publiés. Dans l'Etat de droit aucune prescription n'est obligatoire avant d'être publiée ou portée directement à la connaissance des intéressés. Obliger quelqu'un à observer une règle sans lui donner en même temps la possibilité réelle d'en prendre connaissance, serait inique et absurde.

Pour ne pas être arbitraire, l'information doit, à notre avis, remplir les conditions énumérées ci-après.

1. L'information doit émaner de l'Etat.

L'Etat formule les lois et règlements. C'est son moyen d'expression usuel. S'il entend imposer sa volonté, il ne se bornera pas à édicter des règles, il veillera à ce qu'elles soient appliquées. Or, comme il n'est pas possible d'exé-

cuter un ordre inconnu, tout Etat doit veiller à faire connaître ses instructions. Il ne peut à cet égard s'en remettre à l'initiative privée, car il n'aurait aucune garantie que ses injonctions seraient connues et suivies. Point n'est besoin qu'il procède lui-même à la publication, pourvu que celle-ci soit conforme à ses normes. C'est lui qui choisit souverainement les moyens à utiliser et l'époque de la publication. C'est aussi lui qui dit si l'information est un élément de validité ou du caractère obligatoire de la règle de droit ou de tous les deux. Il fixe les modalités de la publication et peut même y renoncer si son système d'élaboration des lois assure en lui-même à la règle de droit une notoriété officielle suffisante. Cette dernière éventualité ne se conçoit, il est vrai, que dans un Etat présentant des conditions exceptionnelles, comme c'est le cas à Appenzell R.I. (Voir à ce sujet p. 160.)

2. L'information doit être officielle, effective et s'adresser simultanément à tous les intéressés. Nous nous référons ici à nos développements antérieurs (cf. p. 172).

3. L'information doit être légale.

Pour que les intéressés sachent à quels moyens d'information les pouvoirs publics recourent, et qu'ils puissent distinguer la publication qui les engage de celle qu'il leur est loisible d'ignorer, les autorités doivent édicter des normes à ce sujet. Celles-ci doivent-elles être d'essence constitutionnelle, légale ou réglementaire ? La constitution a l'avantage de lier le législateur et le pouvoir réglementaire; ses règles sont absolues. Elles ont par contre l'inconvénient d'être rigides et de mettre les pouvoirs publics dans l'impossibilité de s'adapter aux circonstances, sans modifier préalablement la Constitution. Or, une modification constitutionnelle est toujours un acte d'une certaine gravité, auquel on ne recourt que si l'ordre juridique subit des modifications profondes.

Le constituant qui s'en remet au législateur doit savoir que celui-ci n'est pas lié à ses propres règles. Une loi peut toujours modifier une loi antérieure; la réglementation légale a donc de la souplesse. Il est vrai qu'en vertu du principe de légalité le législateur est obligé de se tenir à ses propres règles, tant qu'il ne les modifie pas d'une manière durable. Ce principe ne vaut cependant que dans la mesure où le législateur s'y conforme, car il est contraire au système de la hiérarchie des actes étatiques. En Angleterre par exemple le principe de légalité n'a pas cours, et selon l'expression consacrée, « le parlement peut tout sauf changer un homme en femme »¹.

Nous pouvons nous dispenser d'examiner si les règles sur la publication devraient être d'essence réglementaire, puisque un acte de l'exécutif ne lie ni le législateur ni le gouvernement lui-même. C'est donc à la loi de dire comment les actes législatifs doivent être publiés. Elle évitera ainsi l'incertitude que provoque toujours chez les intéressés l'emploi subit de moyens d'information inusités.

¹ BARTHÉLEMY B. 4 p. 726.

CHAPITRE II

PROPOSITIONS

Nous indiquerons maintenant pour le droit fédéral et cantonal les modifications que nous suggère le système actuellement en vigueur.

Section I^{re}. DROIT FÉDÉRAL

I. PUBLICATION DES LOIS ET RÈGLEMENTS

A. Le rôle du R.O. :

La Confédération doit-elle abandonner le système de publication formelle ? Doit-elle sacrifier le R.O. pour le remplacer par l'information matérielle ou effective ? La question se pose. Que le R.O. à lui seul soit inapte à remplir les conditions posées à tout système de publication moderne, cela ne fait pas de doute. Les auteurs qui se sont consacrés au droit de ces toutes dernières années l'admettent. Pour LAUTNER ¹, le R.O. est : « ein unwirksames Instrument ». HUBER ², après avoir critiqué le principe « error juris nocet », ajoute : « Si le principe rigide a pu s'imposer à l'Etat de droit libéral, c'est d'une part parce qu'une fraction seulement de la population entraînait en contact avec la loi (droit pénal), d'autre part parce qu'il était possible de se faire conseiller à temps (droit civil). Au contraire, le droit administratif et économique moderne s'applique souvent à l'ensemble de la population (que l'on songe aux prescrip-

¹ LAUTNER B. 42 p. 165.

² HUBER B. 30 p. 44 et 45.

tions de rationnement); et comme il est réellement exclu de renvoyer au juge pénal des parties importantes de la population, en se servant du principe : « nul n'est censé ignorer la loi », on est obligé de trouver des moyens de publication plus perfectionnés que le recueil officiel. ¹ »

Est-ce à dire que le R.O. n'a plus de raison d'être et qu'il faille lui substituer des méthodes d'information plus perfectionnées ?

Le R.O. remplit actuellement une double fonction. Premièrement, il est organe d'information; il renseigne ou du moins est censé renseigner le public sur les lois et règlements en vigueur. En second lieu, il sert de collection des actes législatifs de la Confédération. Dans les cantons ces tâches incombent à deux organes différents : la F.O. et le R.d.L. Le R.O. peut-il aujourd'hui encore servir à double fin ?

1. Le R.O., Organe de publication :

Certaines prescriptions ne sont ni urgentes, ni spécialisées, ni temporaires. C'est notamment le cas du droit civil. Leur publication officielle par la voie du R.O. ne paraît pas soulever de difficultés. Ces lois et règlements sont généralement commentés par la presse; ils ne risquent donc pas de passer inaperçus. Souvent les particuliers n'ont même pas besoin d'être au courant; ils peuvent se faire conseiller par les hommes de loi qui sont tous abonnés au R.O. Nous proposons donc de *conserver cet organe pour l'information officielle du public dans tous les cas où une mise au*

¹ « Dieses scharfe Prinzip konnte nur deshalb durchgesetzt werden, weil im liberalen Rechtsstaat entweder nur ein Bruchteil der Bevölkerung mit dem Gesetz in Berührung kommt (Strafrecht) oder weil man sich noch rechtzeitig beraten lassen kann (Zivilrecht). Das moderne Wirtschaftsverwaltungsrecht dagegen erfasst sehr oft die gesamte Bevölkerung — man gedenke gerade an die Rationierungsvorschriften — und da es nun vollständig ausgeschlossen ist, erhebliche Bevölkerungsteile nach dem Grundsatz « Unkenntnis des Gesetzes schadet » dem Strafrichter zu überweisen, müssen eben vollkommenere Publikationsmittel gefunden werden als das Amtsblatt eines ist. »

courant plus rapide, plus efficace ou plus spécialisée n'est pas nécessaire.

2. Le R.O., Collection des actes législatifs de la Confédération :

Il est indispensable que le produit de la législation soit réuni en un recueil auquel on puisse toujours recourir lorsque l'effet produit par les moyens matériels d'information (journaux, radio, affiches) a disparu depuis longtemps. Cette fonction, seul le R.O. peut la remplir. Son cadre devrait même être élargi pour pouvoir donner asile à tous les règlements (temporaires et spécialisés) qui n'y paraissent plus aujourd'hui. Seules les décisions d'espèce (Verfügungen) feraient exception. La doctrine distingue entre règlement de droit (Rechtsverordnung) et décision d'espèce (Verfügung) : Il y a règlement et non décision chaque fois que la règle de droit a le caractère de la généralité, c'est-à-dire qu'elle est formulée en vue d'une application à tous les cas régis par elle, indépendamment de leur nombre. Exemple : Supposons qu'une norme prescrive aux producteurs de goudrons de livrer le « x » % de leur réserve durant l'année 1938. Cette règle concerne toutes les usines à gaz. Suivant leur nombre, elle s'appliquera plus ou moins souvent. Mais qu'elle régisse cent ou dix cas, son caractère de généralité n'en est pas affecté. En revanche, lorsque l'autorité écrit à chaque usine l'invitant à livrer « y » tonnes de goudron, son injonction est individualisée; elle vise une certaine usine à gaz à l'exclusion de toute autre; c'est une décision d'espèce, elle n'aurait donc pas à paraître au R.O.

Sous sa forme actuelle, le R.O. ne pourrait guère faire fonction de collection des actes législatifs. Sous peine de souffrir d'éléphantiasis, il devrait être divisé en plusieurs volumes. En outre, le classement chronologique en rend l'usage malaisé. A l'instar du recueil officiel des arrêts du

T.F., son contenu gagnerait à être réparti par matières. Le R.O. pourrait contenir tout d'abord une partie générale, où figureraient les lois d'une application généralisée : Notamment les règles qui faisaient autrefois l'essentiel des recueils de lois, comme la Constitution, les lois organiques, les lois pénales, le droit civil et droit des obligations.

Les autres parties du recueil seraient consacrées aux disciplines particulières. Par exemple, toutes les conventions internationales pourraient faire l'objet d'un recueil. Un autre serait réservé au droit fiscal, un autre à la législation du travail, etc. Cette répartition n'empêcherait pas une loi à caractère mixte d'être reprise dans deux ou même plusieurs parties du recueil. L'usage en serait ainsi grandement facilité.

B. *L'information effective :*

La Confédération devrait prévoir l'emploi de moyens d'information effectifs ou directs dans tous les cas où, en raison de leur importance particulière, de leur urgence ou de leur spécialisation, les lois et règlements doivent être publiés de manière plus rapide ou plus effective que par insertion au R.O. Nous distinguons les cas suivants :

1. Le nombre des personnes visées est déterminé : Le meilleur moyen de les atteindre est certainement toujours l'envoi direct, soit par lettre chargée, ou par circulaire. Pour reprendre l'exemple des usines à gaz, il est inutile de faire un communiqué dans la presse; il suffit d'aviser les entreprises intéressées individuellement. L'envoi direct a cependant ses limites. Vu les frais qu'il occasionne, il ne se justifie plus dès que le nombre des intéressés devient trop grand.

2. Le règlement s'applique à une branche économique : Les professions sont en général groupées en association et possèdent un organe de la branche. Pour faire connaître

un règlement aux gens d'une même industrie, le moyen le plus efficace est de l'insérer dans ce journal. Si l'association professionnelle est officiellement chargée de diffuser les prescriptions, elle choisira le moyen le plus sûr d'atteindre les intéressés. Les dissidents, s'il y en a, et lorsqu'on les connaît, doivent être avisés individuellement par les pouvoirs publics. Lorsque les prescriptions s'adressent aux commerçants en général, la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce paraît indiquée.

3. Prescriptions concernant un secteur géographique délimité : En pareille circonstance l'apposition d'affiches dans la région et la diffusion de communiqués officiels dans la presse locale sont les moyens les plus efficaces. Si c'est l'usage, on procédera aussi par criée publique avec ou sans trompe et tambour, ou encore on ordonnera la lecture en chaire dans les églises, comme c'est encore la coutume dans nombre de cantons.

4. Dispositions urgentes : La radio est réellement un mode d'information instantané; les journaux d'information et les affiches renseignent aussi très rapidement la population. Ils ne sont en revanche pas destinés à diffuser des codes; il est vrai que des lois de grande envergure sont rarement urgentes; le problème de les rendre notoires en un minimum de temps ne se pose donc pas.

5. Publication en cas de troubles, guerre, révolutions : L'apposition d'affiches demeure l'ultime moyen d'un gouvernement qui veut faire connaître sa volonté en pareils cas. En général il est encore possible d'y recourir même lorsque tous les autres moyens font défaut.

Outre l'information officielle les pouvoirs publics se doivent d'accompagner les textes légaux de commentaires explicatifs destinés à orienter le public sur la portée des mesures prises. Ce système introduit par la Centrale fédérale de l'économie de guerre donne d'excellents résultats.

Mais il y a plus : dans le fourmillement des prescriptions qui se succèdent en s'abrogeant les unes les autres, il n'est pas inutile que les pouvoirs publics mettent en épingle certains points importants, en se servant de slogans rédigés en termes lapidaires. Par exemple, la Section du rationnement de l'Office de guerre pour l'alimentation a récapitulé sur un panneau publicitaire les commandements du rationnement. Ces procédés facilitent la compréhension et évitent les malentendus. Les rappels de prescriptions déjà plus anciennes sont également des plus utiles.

II. CARACTÈRE OBLIGATOIRE

Nous avons conclu à p. 167 que le caractère obligatoire d'une loi ou d'un règlement suit la publication ou coïncide avec elle. Si les décrets ne paraissent pas au R.O., comment interpréter une disposition comme l'art. 36 de la loi de 1902, disposant que les actes législatifs qui ne fixent pas leur propre entrée en vigueur sont obligatoires cinq jours après la publication ?

Cette règle ne se justifie qu'en cas de monopole du R.O.; car, dès l'instant où ce recueil est en concurrence avec d'autres moyens d'information, on est obligé, soit de donner une priorité à l'un de ceux-ci, soit de dire que les cinq jours se calculent à partir de la première publication. Toutefois, il n'est pas possible aux particuliers de savoir si la communication, dont ils ont connaissance, est la première en date. En outre, il serait inadmissible de subordonner l'entrée en vigueur de la loi ou du règlement à l'instant où elle est ou pourrait être connue de tel particulier; car selon que l'intéressé a par exemple écouté la radio ou lu le journal, il est renseigné à des moments différents, de sorte que la loi ne serait pas obligatoire pour tout le monde en même temps. *En consé-*

quence, lorsque l'autorité se sert de plusieurs modes d'information différents, elle doit fixer l'entrée en vigueur à une date déterminée et en cas d'urgence à une heure précise. Le C.F. le disait déjà dans son arrêté du 18 août 1903 concernant la publication au R.O. des lois et arrêtés : « Le jour d'entrée en vigueur d'un acte, d'une loi ou d'un arrêté doit toujours être désigné par une date, par exemple le premier jour d'un mois, et celle-ci sera choisie de telle manière que l'acte en question puisse être publié quelque temps auparavant dans les trois langues nationales. La formule « entre immédiatement en vigueur » ne doit être employée qu'exceptionnellement, dans des cas d'extrême urgence. ¹ » Nous ajouterons que même en cas d'urgence la formule « entre immédiatement en vigueur » ne se comprend que du jour où le décret est publié et non de celui où il a été rendu. Or, c'est justement la date exacte de la publication qui est souvent difficile à déterminer. La formule « entre en vigueur avec sa publication » est tout aussi imprécise.

La date d'entrée en vigueur d'une loi ou d'un règlement doit-elle être fixée par le législateur, ou par le gouvernement ? Le premier peut difficilement savoir à quel moment les conditions du caractère obligatoire seront réalisées; il est donc préférable qu'il s'en remette à cet égard au gouvernement, sinon il risque d'indiquer une date trop rapprochée, tombant à une période où la loi n'est pas encore publiée. En revanche, le gouvernement qui choisit le mode d'information sait quand la loi ou le règlement pourront être connus; il peut donc fixer l'entrée en vigueur en conséquence.

Toutes les parties de la loi ne sont pas nécessairement déclarées en vigueur en même temps, mais aucune de ses dispositions n'entre en force avant d'avoir été publiée.

¹ Cité par BURCKHARDT B. 9 p. 455.

III. RÉGLEMENTATION LÉGALE

Les lois de 1874 et de 1902 nécessitent-elles une refonte? Ce n'est pas le cas de la première; en ses articles 2 al. 2, 7 al. 1, et 14 al. 2, elle ordonne l'insertion des lois au R.O., ce qui serait maintenu ne fût-ce que comme mesure d'ordre. En revanche, le titre III de la loi de 1902 doit être élargi et rajeuni. A notre avis, les titres I et II pourraient rester sans changement; il serait donc préférable de ne pas toucher à la loi de 1902, mais d'en élaborer une nouvelle essentiellement consacrée à la publication des actes législatifs. Ses dispositions finales abrogeraient les articles 33 à 36 de celle de 1902, devenus sans objet. Voici comment cette loi nouvelle pourrait être conçue :

« LOI FÉDÉRALE

*sur la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs
de la Confédération Suisse*

» ARTICLE PREMIER. *Publication dans la Feuille fédérale.* Les lois et arrêtés fédéraux de portée générale non urgents, adoptés par les deux sections de l'Assemblée fédérale, sont publiés dans la Feuille fédérale dès que les formalités prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 9 octobre 1902 sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés sont remplies.

» ART. 2. *Publication au Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération.* En cas d'acceptation par le peuple, ou si la consultation populaire n'a pas lieu à l'expiration du délai référendaire, les lois et arrêtés de portée générale non urgents, ainsi que les traités avec les

Etats étrangers visés à l'art. 89 4^e al. de la Constitution, sont insérés au Recueil des lois et ordonnances de la Confédération. Il en est de même des autres arrêtés de l'Assemblée fédérale qui ont une portée générale, des traités avec les Etats étrangers après l'échange des ratifications, ainsi que de tous arrêtés, ordonnances et instructions du Conseil fédéral, de ses départements et services, qui ne sont pas de nature confidentielle, à l'exception des décisions d'espèce. Demeure réservé l'art 1^{er} de l'arrêté du Conseil fédéral du 27 août 1866 touchant la publication d'arrêtés et d'ordonnances des autorités fédérales.

» ART. 3. *Autres modes de publication.* Selon le caractère de l'acte législatif, le nombre ou les catégories de personnes régies par ses dispositions, ou encore, s'il y a urgence, le Conseil fédéral est autorisé à faire usage des moyens d'information désignés ci-après :

1. Lettres et circulaires recommandées;
2. Journaux et périodiques de tout genre;
3. Radio;
4. Affiches.

» Lorsque le Conseil fédéral se servira de l'un ou de plusieurs des moyens indiqués au premier alinéa, il veillera à ce que dans la mesure du possible les intéressés puissent être atteints en même temps.

» Les actes législatifs publiés conformément au premier alinéa seront insérés aussi au Recueil des lois et ordonnances de la Confédération à titre de mesure d'ordre.

» ART. 4. *Cas spéciaux.* Les arrêtés concernant l'octroi, la modification ou le transfert de concessions de chemins de fer sont publiés dans le « Recueil des pièces officielles relatives aux chemins de fer suisses »¹. Ce recueil est publié dans les trois langues officielles.

¹ Art. 34 loi de 1902.

» ART. 5. *Langues à employer pour les publications.* Le Recueil des lois et ordonnances de la Confédération suisse est publié simultanément dans les trois langues officielles ¹. Si les actes législatifs sont publiés conformément à l'art. 3 de la présente loi, le Conseil fédéral veillera à ce que la langue employée soit celle en usage dans la région où la publication a lieu. Les textes allemand, français et italien ont la même valeur.

» ART. 6. *Entrée en vigueur.* Les lois, arrêtés et autres actes législatifs de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral, de ses départements et services, ainsi que les traités avec les Etats étrangers doivent préciser la date de leur entrée en vigueur, en indiquant un jour et, en cas d'urgence, une heure. L'entrée en vigueur ne doit en aucun cas précéder la publication.

» Si la date de l'entrée en vigueur d'une loi, d'un arrêté fédéral ou d'une ordonnance n'est pas indiquée dans ces actes eux-mêmes, elle est fixée par le Conseil fédéral et publiée en même temps que la loi, l'arrêté fédéral ou l'ordonnance.

» Aucun acte législatif n'est applicable sur le territoire de la Confédération suisse avant d'avoir été publié conformément à la présente loi.

» ART. 7. *Diffusion du Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse.* Le Recueil des lois et ordonnances de la Confédération est envoyé gratuitement, en un exemplaire, aux gouvernements cantonaux, à leurs départements ou directions, aux préfectures ou autorités de district, aux tribunaux cantonaux et aux communes politiques ².

¹ Art. 35 al. 1 modifié de la loi de 1902.

² Art. 35 al. 2 de la loi de 1902.

» Les autorités cantonales sont tenues de le garder relié. Les citoyens ont le droit de le consulter dans les bureaux de commune ¹.

» ART. 8. *Dispositions finales.* Sont abrogés les articles 33 à 36 de la loi du 9 octobre 1902 sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés.

» Le Conseil fédéral est chargé, conformément aux dispositions de la loi fédérale du 17 juin 1874 concernant les votations populaires sur les lois et arrêtés fédéraux, de publier la présente loi et de fixer la date de son entrée en vigueur. »

Section 2. DROIT CANTONAL

Une réforme du système de publication des cantons est-elle aussi nécessaire ? Il est difficile de le dire. A voir, par exemple, les rapports des autorités de l'économie de guerre de la ville de *Zurich* en 1939 et 1940 ², on se rend compte que le problème de la publication des règlements cantonaux a grandement préoccupé les pouvoirs compétents; ils ont fait largement usage des journaux et des circulaires pour atteindre les intéressés.

Nous croyons cependant, qu'abstraction faite des cantons très peuplés, comme *Zurich* et *Berne*, les inconvénients du système formel de la F.O. se font moins sentir sur le plan cantonal, la population à renseigner étant plus restreinte. La législation n'y est pas très abondante non plus et les mesures urgentes sont plutôt l'exception. Nos remarques d'ordre général faites au début de ce

¹ Art. 35 al. 3 de la loi de 1902 modifié.

² Voir p. 102 du rapport de 1939 et 85 de celui de 1940.

titre valent toutefois aussi pour les cantons. Rappelons l'ancienneté de certaines prescriptions cantonales en matière de publication. A *Genève*, par exemple, la loi applicable date de 1815; son élaboration remonte à l'époque où cette République n'était pas encore canton suisse. La loi zurichoise sur la F.O. date de 1833. Révisée fréquemment depuis lors, ses dispositions fondamentales n'ont pas changé. Dans les autres cantons, la situation est sensiblement la même (cf. les notes des p. 39 et s.). Il serait erroné de croire que les lois anciennes sont toujours inférieures aux plus récentes, les premières faisaient souvent plus de place à la publication matérielle que les dernières. D'une manière générale cependant, toute la question complexe des actes législatifs mériterait d'être soumise à un nouvel examen. Les cantons auraient intérêt à assouplir leurs méthodes de publication, en faisant une large place à l'information effective ou matérielle. L'autorité doit avoir la possibilité, dans des cas particuliers, de recourir à divers moyens d'information pour renseigner le public. Pour sa part, ce dernier tient à savoir comment la volonté de l'Etat s'exprimera. Partout où elle existe, la règle selon laquelle seuls les actes insérés à la F.O. ou au R.d.L. sont obligatoires devrait être supprimée. Une place plus grande pourrait être faite à l'envoi direct, aux moyens d'information rapides et efficaces comme les journaux locaux, les affiches et même les criées publiques.

Les cantons d'*Uri*, *Nidwald*, *Glaris*, *Tessin*, *Vaud*, *Valais* et *Genève* publient les lois « in extenso » à deux reprises dans leur organe officiel. Une première fois avant la procédure de referendum (ou la Landsgemeinde) et la seconde après celle-ci. Ne serait-il pas plus économique et rationnel d'insérer le texte voté par le parlement dans la F.O. et de n'y faire paraître après la consultation popu-

laire que l'arrêté de promulgation, renvoyant à l'acte reproduit antérieurement dans le même organe ? C'est le système des cantons de *Zurich*, *Lucerne*, *Obwald*, *Fribourg*, *Bâle-Ville*, *Appenzell R.E.*, *St-Gall*, *Thurgovie* et *Neuchâtel*. L'économie qui résulterait vraisemblablement de cette mesure serait employée utilement à accroître, par une information effective, la notoriété de la loi.

Précisons d'autre part que dans les cantons de *Zurich*, *Lucerne*, *Argovie* et *Vaud* la législation subordonne le caractère obligatoire des lois et règlements cantonaux à l'insertion dans l'organe officiel. Ces normes désuètes devraient être remplacées, pour permettre la publication par d'autres moyens. Cela paraît d'autant plus indiqué, qu'elles ne sont pas rigoureusement observées.

En outre, on sait qu'*Appenzell R.I.* n'a ni F.O. ni R.d.L. Si la F.O. est superflue vu les méthodes d'information matérielle en usage dans ce canton, nous croyons qu'il aurait intérêt à réunir sa législation en vigueur et à la publier sous forme de « *Landbuch* » au moins une fois tous les dix ans. Les recherches en seraient facilitées.

Rappelons enfin que dans plusieurs cantons, notamment *Lucerne*, *Nidwald*, *St-Gall* et *Vaud*, une place est faite à la publication matérielle en plus de la F.O. L'adoption de pareilles dispositions dans d'autres Etats confédérés ne pourrait être que souhaitable.

Table des matières

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	9
TABLE DES ABRÉVIATIONS	14
INTRODUCTION	15

TITRE PREMIER

NOTIONS ET GÉNÉRALITÉS	19
Chap. premier. <i>La loi</i>	19
Section première. Définition	19
I. Définition de la loi	19
A. Loi matérielle	19
B. Loi formelle	21
II. Définition du règlement	22
Section 2. La loi en droit suisse	23
I. La loi en droit fédéral	23
II. La loi en droit cantonal	27
III. Terminologie	29
Chap. 2. <i>La publication</i>	31
Section première. Définition et généralités	31
I. Publication matérielle	32
II. Publication formelle	32
Section 2. La publication en droit suisse	35
I. Droit fédéral	35
II. Droit cantonal	37
III. La publication ne doit pas être confondue avec la promulgation	42
A. La conception monarchique	43
B. La conception républicaine	44
C. La promulgation en droit suisse	45
Chap. 3. <i>Validité et caractère obligatoire des lois et règlements</i>	50

TITRE II

LA PUBLICATION EST-ELLE UNE CONDITION DE VALIDITÉ DES LOIS ET RÈGLEMENTS ?	55
Chap. premier. <i>Aperçu de droit comparé</i>	56
Section première. Droit allemand	56
I. Constitution du 16 avril 1871	56
A. Les lois	56
B. Les règlements	57
II. Constitution du 11 août 1919	58
A. Les lois	58
B. Les règlements	59
III. Conclusions	59
Section 2. Droit français	60
I. Les lois	60
II. Les règlements	61
III. Conclusion	61
Chap. 2. <i>Droit positif suisse</i>	62
Section première. Droit fédéral	62
I. Les lois	62
A. Publication dans la Feuille fédérale	63
B. Publication dans le Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération	65
II. Les règlements	72
III. Conclusions	76
Section 2. Droit cantonal	76
I. Les lois	76
II. Les règlements	87
III. Conclusions	89
Section 3. Conséquences de la non-publication des lois, là où elle est une condition de validité	89

TITRE III

LA PUBLICATION EST-ELLE UNE CONDITION DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES LOIS ET RÈ- GLEMENTS ?	99
Chap. premier. <i>Aperçu de droit comparé</i>	100
Section première. Droit allemand	100

I.	Constitution du 16 avril 1871	100
A.	Les lois	100
B.	Les règlements	101
II.	Constitution du 11 août 1919	102
A.	Les lois	102
B.	Les règlements	103
III.	Conclusions	105
Section 2.	Droit français	105
I.	Les lois	105
II.	Les règlements	107
III.	Conclusions	108
Chap. 2.	<i>Droit positif suisse</i>	109
Section première.	Droit fédéral	109
I.	La publication des actes législatifs au R.O. est-elle une condition de leur caractère obliga- toire ?	110
A.	1 ^{er} argument : La publication des lois et règle- ments au R.O. serait une condition de leur caractère obligatoire en vertu d'un principe général du droit public	110
B.	2 ^e argument : La publication des lois et règle- ments au R.O. serait une condition de leur caractère obligatoire en vertu du droit fédéral positif	130
II.	Un acte d'information est-il nécessaire au carac- tère obligatoire des lois et règlements, et si oui, sous quelle forme ?	157
A.	Nécessité de l'information	157
B.	La règle de la nécessité de l'information souffre-t-elle des exceptions ?	160
C.	Les conditions de la publication	172
III.	Conclusions	180
Section 2.	Régime des pouvoirs extraordinaires du C.F.	180
Section 3.	Droit cantonal	196
I.	Les lois	197
II.	Les règlements	207
III.	Conclusions	218
Section 4.	Conséquences d'un défaut de publication, là où elle est une condition du caractère obli- gatoire des lois et règlements	219

I.	Droit fédéral.	220
A.	Moyens de recours	220
B.	Examen des recours	222
II.	Régime des pouvoirs extraordinaires du C.F.	229
III.	Droit cantonal	231
IV.	Conclusions	232

TITRE IV

DE LA PUBLICATION DE « LEGE FERENDA ». . . .	233
Chap. premier. <i>Généralités</i>	233
Chap. 2. <i>Propositions</i>	238
Section première. Droit fédéral	238
I. Publication des lois et règlements	238
A. Le rôle du R.O.	238
B. L'information effective.	241
II. Caractère obligatoire	243
III. Réglementation légale	245
Section 2. Droit cantonal	248

